Unmöglichkeit und Unvermögen

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Habilitationsschrift

welche zur

Erlangung der venia legendi

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt wurde und

mit den beigefügten Thesen

am

Mittwoch, den 25. Juli 1900, Mittags 12 Uhr

in der

Aula Leopoldina öffentlich verteidigt wird

von

Dr. jur. **Feodor Kleineidam,**

Gerichtsassessor.

Opponenten:

Herr Privatdocent Dr. **Haendrup**

Herr Privatdocent Dr. **Schott.**

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546309_0056

Unmöglichkeit und Unvermögen

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.

Habilitationsschrift

welche zur

Erlangung der venia legendi

der

juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt wurde und

mit den beigefügten Thesen

am

Mittwoch, den 25. Juli 1900, Mittags 12 Uhr

in der

Aula Leopoldina öffentlich verteidigt wird

von

Dr. jur. **Feodor Kleineidam,**

Gerichtsassessor.

Opponenten:

Herr Privatdocent Dr. **Haendrup**

Herr Privatdocent Dr. **Schott.**

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Jena,

Verlag von Gustav Fischer.

1900.

Die vollständige Abhandlung wird demnächst in den **Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches,** in zwanglosen Heften herausgegeben von Dr. **Otto Fischer**, Professor der Rechte an der Universität Breslau (Jena, Verlag von Gustav Fischer), erscheinen.

I. Abschnitt. Einseitige Schuldverhältnisse.

I. Kapitel. Ursprüngliche Unmöglichkeit und ursprüngliches Unvermögen.

I. Titel. Vertragsschuldverhältnisse.

§ 1.

Einleitung.

Wenn eine Leistung, welche den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bildet, durch den Schuldner nicht erfüllt wird, so liegt das entweder daran, daß der Schuldner nicht leisten *will*[1]), oder daran, daß er nicht leisten *kann*. Ein weiteres läßt sich nicht denken. Jedes Rechtssystem ist nun vor die Aufgabe gestellt, den Einfluß zu regeln, welchen die Nichterfüllung der Leistung auf das Schuldverhältnis hat, auf dem die Leistungspflicht beruht. Diese Regelung zerfällt im allgemeinen[2]), entsprechend diesen beiden Gründen der Nichterfüllung, in zwei selbständige, in ihren Normen durchaus verschiedene Teile. Der eine befaßt sich mit dem Mangel des Willens, der andere mit dem Mangel des Könnens. Dies ist denn auch in dem neuen Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich der Fall.

In der folgenden Abhandlung wollen wir uns lediglich die Aufgabe stellen, die von dem ebengedachten Gesetzbuche bezüglich des Mangels am *Können* getroffene Regelung zu erörtern. Dabei empfiehlt es sich wiederum, zwei Teile zu machen. Denn die Schuldverhältnisse, auf denen die Pflicht zu der in Betracht kommenden Leistung beruht, zerfallen in einseitige und in gegenseitige, d. h. in solche, deren Gegenstand allein eben diese Leistung bildet, und in solche, wo dieser Leistung eine Gegenleistung gegenübersteht. Der

1) Die Negation gehört zu dem Wollen, nicht zu dem Inhalt des Gewollten; es wird also der Fall, daß der Schuldner die Leistung vergessen hat, von der Einteilung getroffen. Denn auch dann hat ein Leistenwollen seitens des Schuldners gefehlt.

2) Einzelne Rechtsinstitute, wie z. B. die Gewährleistung wegen Sachmängel, bilden eine Ausnahme.

Einfluß des Nichterfüllenkönnens einer Leistung äußert sich nun nicht bloß verschieden auf die Pflicht zu der unmittelbar betroffenen Leistung und auf die Pflicht zu der an sich von dem Mangel gar nicht berührten Gegenleistung, sondern auch die unmittelbar betroffene Leistungspflicht selbst wird zum Teil von dem Mangel verschieden berührt, je nachdem ein einseitiges oder ein gegenseitiges Schuldverhältnis in Betracht kommt. Daher ist eine nach dieser Einteilung der Schuldverhältnisse getrennte Behandlung des Stoffes geboten.

Von wesentlicher Bedeutung bei beiden Arten von Schuldverhältnissen ist ferner, wie die späteren Ausführungen ergeben werden und zur Erhaltung der Uebersicht schon jetzt betont werden mag, der Unterschied, ob der Mangel am Können bereits von Anfang an verlag oder ob er erst später eingetreten ist, ob es sich — um mit den bisher üblichen Ausdrücken[3]) zu reden — um eine „ursprüngliche" oder um eine „nachfolgende Unmöglichkeit" handelt. Es liegt auf der Hand, daß verschiedene Momente von großer Wichtigkeit, wie z. B. das Tragen der Gefahr des Zufalls und das Haften für Verschulden, in ganz anderer Weise mitwirken und Berücksichtigung erheischen, je nachdem ein Schuldverhältnis erst entstehen soll oder ein solches bereits in gültiger Weise vorliegt. Darauf hat unsere Abhandlung auch Rücksicht zu nehmen und demnach bei den beiden Hauptteilen entsprechende Unterabteilungen zu machen.

Vorauszuschicken ist die zur sicheren Auslegung der Gesetzesbestimmungen notwendige Erörterung der Ausdrücke bezw. Begriffe, deren sich das Bürgerliche Gesetzbuch bedient, um die verschiedenen von ihm auseinander gehaltenen Arten des Mangels am Können zu kennzeichnen.

---

3) Vgl. Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung, S. 1; Windscheid, Pandekten, § 264; Dernburg, Pandekten, Bd. II § 16 und § 68; Motive zum Entwurfe des B.G.B., Bd. II, S. 44, 45.

§ 2.

Erörterung der Begriffe.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich spricht einmal von „der Unmöglichkeit der Leistung“ und sodann von „dem Unvermögen des Schuldners zur Leistung“. Eine nähere Bestimmung dieser Begriffe ist im Gesetze selbst nicht enthalten. Aus der Wahl der Ausdrücke aber folgt an sich nur soviel, daß bei dem letzteren Begriffe die Person des Schuldners von besonderer Bedeutung sein muß. Denn bei ihm ist die Beziehung des Mangels zum Schuldner ausdrücklich hervorgehoben, während bei dem ersten Begriffe, der „Unmöglichkeit“, ein solcher Hinweis fehlt.

Die Motive zu dem Entwurfe erster Lesung, welcher die gedachten Begriffe bereits enthält[2]), begnügen sich in dieser Beziehung mit der Bemerkung[3]):

> „Der Entwurf versteht unter Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit . . . . Der objektiven Unmöglichkeit steht das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenüber.“

Wir müssen also auf die Quelle zurückgehen, aus welcher der Entwurf und die Motive geschöpft haben. Das aber ist, wie überhaupt für das Obligationenrecht im allgemeinen anzunehmen ist[4]), hier aber durch die Hervorhebung der Worte „objektiv“ und „subjektiv“ noch besonders angedeutet wird, das gemeine Recht.

---

1) § 275.
2) § 237.
3) Bd. II, S. 44, 45.
4) Vgl. die Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zum Entwurf, Bd. II, S. 1; Gierke, Entwurf, S. 184 ff. u. a.

Dessen Lehre unterscheidet nämlich eine „objektive“ und eine „subjektive“ Unmöglichkeit und geht dabei[5]) auf l. 137 §§ 4 und 5 D. de verb. oblig. 45, 1[6]) als gesetzliche Grundlage zurück.

Venulejus unterscheidet hier die causa difficultatis von der Unmöglichkeit, bezeichnet als erstere id quod promissor dare non potest[7]) und hebt als besonders charakteristisches Merkmal[8]) dieser bloßen causa difficultatis am Schlusse seiner Ausführungen unter Berufung auf Sabinus hervor, daß eine solche stets dann vorliege si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit. Dabei haben diese letzteren Worte, wie aus der Wahl des Ausdrucks „alio“ hervorgeht, den Sinn, daß eine causa difficultatis bereits vorliegt, wenn irgend ein Dritter die in Rede stehende Leistung bewirken kann. Es ist nicht notwendig, daß jeder Dritte dazu imstande sei.

Die Ausscheidung dieser Fälle aus dem Gebiete der unmöglichen Leistungen ist logisch durchaus gerechtfertigt. Denn, wie ausdrückliche Quellenaussprüche, vgl. insbesondere l. 23, 40, 53 D. de

---

5) Vgl. Savigny, Das Obligationenrecht; Mommsen, a. a. O. S. 5; Ude im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. XLVIII, S. 366 u. a.

6) Diese Stelle, von Venulejus herrührend, lautet:

Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit, confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo si neque domi habet neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque non rerum, quae promittuntur. Et alioquin si quis Stichum dari spoponderit, quaeremus ubi sit Stichus: aut si non multum referre videatur, Ephesi daturum se an, quod Ephesi sit, cum ipse Romae sit, dare spondeat; nam hoc quoque ad facultatem dandi pertinet, quia in pecunia et in Sticho illud commune est, quod promissor in praesentia dare non potest. Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit.

7) Das in praesentia in demselben Satze ist unwesentlich. Es bezieht sich nur darauf, daß die ersten beiden Beispiele der Stelle nur von dem Aufschube der Wirksamkeit der Obligation handeln; vgl. das am Anfang der Stelle stehende an . . . confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec conferre pecuniam possit. Daß der im Texte angeführte Satz auch allgemeine Bedeutung hat, zeigt klar die weitere Diktion, welche anschließt mit et generaliter.

8) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 5.

sol. et liber. 46, 3 besagen, von denen die letztere, von Gajus herrührend, lautet:

> Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit iure civili constitutum licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere[9])

wirkt die Vornahme der geschuldeten Leistung durch jeden beliebigen Dritten als Erfüllung. Eine Ausnahme bilden nur die Leistungen, welche in ihrer Identität und Obligationsmäßigkeit von der Person des Erfüllenden abhängen und bei denen deshalb eine Stellvertretung[10]) in der Erfüllung, sei es durch Gesetz, sei es durch Vertrag, ausgeschlossen ist[11]). Im allgemeinen ist also die Person des Erfüllenden für die Vornahme der Leistung belanglos und deshalb auch ein Mangel am Können, der in der Person des zunächst für die Bewirkung der Leistung in Betracht Kommenden, des Schuldners liegt, ohne einen andern an der Vornahme zu hindern, für die Frage der Bewirkbarkeit der Leistung an sich ohne Bedeutung. Denn, was der Schuldner wegen solcher Hindernisse nicht selbst zu leisten vermag, das kann er durch Personen bewirken lassen, denen dies Hindernis nicht im Wege steht, ohne daß dadurch die Obligationsmäßigkeit und Identität der Leistung irgendwie berührt wird. Dem entspricht es auch, wenn viele Schriftsteller bei der Erörterung dieses in der Person des Schuldners begründeten Nichterfüllenkönnens unwillkürlich den Ausdruck gebrauchen, hier sei die Leistung „an sich" möglich[12]). Dieses „an sich" zeigt doch klar, daß begrifflich dieses Nichterfüllenkönnen nicht unter die Unmöglichkeit fällt.

Auf dem Standpunkte des Venulejus stehen denn auch die bei weitem meisten, ja der Absicht nach wohl fast alle Schriftsteller des gemeinen Rechts. Solange sie lateinisch schrieben, hielten sie auch streng an den von Venulejus für den gedachten Unterschied gefundenen Ausdrücken fest. So erklärt, um die größten dieser Schriftsteller herauszugreifen, Donellus[13]):

9) Für das B.G.B. vgl. § 267.

10) Dabei ist nicht an den juristischen Begriff der Stellvertretung gedacht.

11) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 65; Motive zum Entwurfe, Bd. II, S. 45. Als Beispiel der gesetzlichen Ausschließung der Vertretung bei der Erfüllung vgl. § 613 B.G.B.

12) Vgl. Pothier an der S. 23 angeführten Stelle; Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht, Bd. I, § 66; Kübel zu Abschn. I, Tit. III, 1: Folgen der Nichterfüllung, S. 2 des Entwurfes des ersten Redaktors.

13) In seinem Kommentar zum Digestentitel de verborum obligationibus ad § illud inspiciendum, Gesamtausgabe seiner Werke (Luccae 1767), Bd. XI, p. 1648.

Impossibilia autem sunt non quae promissor non potest praestare, sed quae condicione ipsa talia sunt ut non possint hac condicione manente praestari vel ab ipso vel ab alio' sive natura efficiatur quominus dari possint sive iure . . . . . Non id quod sit in natura, quae rem prohibeat dari, sed quod sit in persona promissoris, qui ideo rem dare non potest, non quia non possit res dari sed quia ipse ea re careat. Ac generaliter de hoc genere impedimenti in extremo ita definit, causam difficultatis ad incommodum promissoris non ad impedimentum stipulatoris pertinere

und Cujacius[14]) läßt sich folgendermaßen aus:

Differentia est inter difficile et impossibile. Impossibile est in re ipsa, difficile est in persona . . . Porro impossibilis stipulatio non est si promiserim me facturum, quod facere non possum alii tamen possunt.

Als man dann aber anfing, die juristischen Lehrbücher und Abhandlungen in deutscher Sprache abzufassen, machte der sprachliche Ausdruck des behandelten Unterschiedes Schwierigkeiten. Die heutige gemeinrechtliche Wissenschaft drückt ihn durch die Bezeichnungen „objektive Unmöglichkeit" und „subjektive Unmöglichkeit" aus. So definiert z. B. Windscheid[15]) diese Begriffe mit der überwiegenden Mehrheit der neueren Schriftsteller dahin:

„Bei der ursprünglichen Unmöglichkeit ist ferner zu unterscheiden zwischen objektiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit an sich und subjektiver Unmöglichkeit, d. h. Unmöglichkeit bloß für den Schuldner."

Vergegenwärtigt man sich, daß bei der difficultas des Venulejus die Leistung alio possibilis est, so erscheint diese Zusammenfassung der impossibilitas und der difficultas unter dem deutschen Oberbegriffe „Unmöglichkeit" als durchaus verfehlt[16]). Sie hat auch sicher zu einer Verwischung und Verwirrung der Venulejus'schen Begriffe insbesondere eben in der Hinsicht beigetragen, daß man bei der subjektiven Unmöglichkeit das von Venulejus als besonders charakteristisch hervorgehobene Merkmal des alio possibile allzusehr vernachlässigte. So verbinden einige neuere Schriftsteller, in der Meinung, trotzdem auf dem Boden der l. 137 D. 45, 1 zu stehen, einerseits mit den Ausdrücken objektive und subjektive Un-

14) In seinem Kommentar zu dem in Anm. 13 bezeichneten Digestentitel ad. l. Continuus 137 (Gesamtausgabe, Neapel 1758), Bd. I, S. 1252 B.

15) Pandekten § 264; vgl. z. B. Hesse im Archiv für civilistische Praxis, Bd. LXI, S. 159 Anm. 148.

16) Vgl. Brinz, Pandekten § 245 (Bd. II, S. 123).

möglichkeit zum Teil abweichende Begriffe und erblicken andererseits in der difficultas des Venulejus überhaupt etwas auch von der subjektiven Unmöglichkeit Verschiedenes. So insbesondern Dernburg. Dieser schreibt in seinen Pandekten[17]):

„Die Unmöglichkeit ist entweder eine objektive, für jedermann vorhandene, oder eine subjektive, in der Person des Gläubigers oder des Schuldners liegende."

„Von der Unmöglichkeit, auch der subjektiven, ist die Schwierigkeit der Erfüllung zu unterscheiden. Dahin gehört Geldmangel des Schuldners. Er hindert die Entstehung einer Geldschuld nicht, auch wenn der Stipulant die Lage des Schuldners kannte. Ein Bettler kann also gültig ein Haus für eine Million kaufen. Er kann Kredit finden[18])."

Diese Auffassung kann wohl keine Billigung finden. Was zunächst die Gleichstellung der in der Person des Gläubigers liegenden Erfüllungshindernisse mit denen in der Person des Schuldners anbetrifft, so ist dieselbe irreführend und logisch nicht gerechtfertigt. Denn die Person des Gläubigers ist für die Erfüllung der Leistungspflicht stets nicht belanglos; es darf niemals an einen beliebigen Dritten geleistet werden, sondern regelmäßig nur an den durch das Schuldverhältnis legitimierten Leistungsempfänger. Besteht also in der Person dieses Berechtigten ein Hindernis, welches ein Nichterfüllenkönnen der Leistung herbeiführt, so kann diese überhaupt nicht in der obligationsmäßigen Weise herbeigeführt werden, auch nicht von einem andern als dem Schuldner und nicht an einen andern als den Gläubiger. Dabei kommt natürlich nicht in Betracht, daß der Gläubiger in den meisten Beziehungen — zumal bei thatsächlichen Hindernissen — sich hinsichtlich seiner Mitwirkung bei der Leistungsentgegennahme vertreten lassen kann. Denn die Handlungen eines solchen Vertreters gelten ja rechtlich als seine eigenen, die Bestellung eines solchen Vertreters ersetzt seine Mitwirkung. Dieser Vertreter ist kein beliebiger Dritter.

An dieser Unmöglichkeit der Leistung wird auch daran nichts geändert, daß in den meisten Fällen eine Abtretung des Rechtes aus dem in Betracht kommenden Schuldverhältnisse an sich statthaft wäre. Denn die Uebertragung des Rechts setzt ein Bestehen

17) Bd. II, § 16.

18) Vgl. Schollmeyer im Kommentar zum B.G.B., Bd. II, Vorbem. zu § 275 ff. unter 2b.

des ganzen Schuldverhältnisses voraus und dieses hängt von dem ursprünglichen Inhalte desselben ab. Mit Recht unterscheiden deshalb bereits die Römer scharf zwischen dem Mangel am Können, welcher in der Person des Schuldners begründet ist, und dem, welcher in der Person des Gläubigers liegt; vgl. l. 34 D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus:

> Multum interest utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum an quis promittat. Si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere non mihi[19]).

Festzuhalten ist natürlich, daß das Hindernis in der Person des Gläubigers auch wirklich die obligationsmäßige Leistung an ihn ausschließen muß, damit überhaupt eine Unmöglichkeit in Frage kommt. Dazu ist zunächst erforderlich, daß eine Mitwirkung des Gläubigers nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses zur Vornahme der Leistung überhaupt notwendig ist. Dies ist z. B. nicht der Fall bei dem Mietvertrage. Hier besteht die Verpflichtung des Vermieters nur darin, dem Mieter die gemietete Sache zu überlassen und in gebrauchsfähigem Zustande zu erhalten[20]). Thut er das, so hat er alles, was ihm nach dem Schuldverhältnisse obliegt, erfüllt; daß der Mieter auch wirklich den Gebrauch und den Besitz der gemieteten Sache übernimmt, das ist zur Erfüllung der Leistung des Vermieters nicht erforderlich. Ein Umstand also, welcher nur den Mieter verhindert, die gemietete Sache in Gebrauch zu nehmen, ist für die Bewirkbarkeit der dem Vermieter obliegenden Leistung ohne Belang[21]) [22]). Anders steht es dagegen mit den Schuldverhältnissen, kraft deren der Schuldner etwa verpflichtet ist, das Eigentum an einer Sache dem Gläubiger zu übertragen[23]). Diese Uebertragung läßt sich nur bei beiderseitiger Mitwirkung denken. Deshalb sind hier Hindernisse in der Person des Gläubigers, welche

---

19) Diesen scharfen Unterschied, welchen die Römer in der praktischen Behandlung gemacht haben, erkennt auch Brinz, a. a. O. § 245 (Bd. II, S. 123), an, welcher selbst auf anderem Standpunkte steht. Vgl. auch die Begründung des Redaktors Kübel zum Obligationenrecht, Abschn. I, Tit. 2 I ibid. § 1—3, S. 2.

20) Vgl. § 536 B.G.B.

21) Inwieweit trotzdem Rücksicht auf sie genommen wird, beruht auf besonderen Billigkeitserwägungen; vgl. § 569 ff.

22) Ebenso die bei Mommsen, a. a. O. S. 90 Anm. 1 genannten Fälle.

23) Gleichgültig, ob der Gläubiger zur Mitwirkung verpflichtet ist (vgl. z. B. § 433 Abs. 2) oder nicht (vgl. die Schenkung).

die erforderliche Mitwirkung desselben ausschließen, für die Frage der Möglichkeit oder Unmöglichkeit nicht belanglos.

Es ist aber nicht erforderlich, daß das in der Person des Gläubigers liegende Erfüllungshindernis stets im Können und nicht nur im Wollen des Gläubigers begründet sei. Denn die Möglichkeit der Leistung richtet sich stets nur nach dem durch das thatsächliche Verhalten des Gläubigers herbeigeführten Erfolge[24]). Der Grund für dieses Verhalten ist an sich gleichgültig[25]). Allerdings ist ein allein im Willen des Gläubigers begründetes thatsächliches Verhalten desselben, welches als Erfüllungshindernis wirkt, in der Regel namentlich, wenn es sich nicht um Fixleistungen handelt, kein dauerndes Hindernis[26]). Denn bei einem bloß gewollten, nicht der Obligationsabsicht entsprechenden Verhalten des Gläubigers ist nicht anzunehmen, daß er stets dabei verharren werde. Eine nachfolgende Aenderung dieses Willens bedeutet also nicht ein erneutes selbständiges Möglichwerden der Leistung, sondern nur eine vorauszusehende Behebung der zeitweiligen Unmöglichkeit.

Erwähnt mag noch werden, daß diese in der Person des Gläubigers begründeten Hindernisse, soweit sie die Annahme betreffen, noch weitere Folgen haben. Denn dann greift auch das selbständig normierte und deshalb von der Regelung der Unmöglichkeit unabhängige und mit dieser eventuell konkurrierende Institut des Annahmeverzuges ein mit seinen für den Schuldner noch günstigeren Folgen[27]).

Die in der oben angeführten Stelle bei Dernburg vertretene Beschränkung der difficultas des Venulejus auf bloße Schwierigkeiten der Erfüllung, insbesondere Geldmangel, und ihre Gegenüberstellung gegen die auch nur subjektive Unmöglichkeit steht nicht im Einklange mit l. 137 D. 45, 1. Denn dieser Quellenausspruch findet auch in dem Falle, wo jemand alienum servum dare promiserit, quem dominus non vendat nur eine causa difficultatis. Hier aber ist es doch, um mit Mommsen[28]) zu reden, „für den Schuldner . . . in der That unmöglich, seiner Verpflichtung nachzukommen“[29]).

---

24) Vgl. unten §§ 4 und 9.
25) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 91.
26) Vgl. unter S. 53.
27) Vgl. insbesondere §§ 300 ff. B.G.B.
28) A. a. O. S. 13.
29) Vgl. Hartmann, Die Obligation, S. 196.

Die partikularen Gesetzgebungen haben den Ausdruck subjektive Unmöglichkeit nicht aufgenommen.

Der Code Napoléon vermeidet überhaupt den Begriff Unmöglichkeit, begnügt sich vielmehr, die einzelnen Gründe derselben speziell anzugeben[30]) und beschränkt sich dabei wohl auf die Gründe der objektiven Unmöglichkeit des gemeinen Rechts[31]).

Das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch kennen nur einen Begriff der Unmöglichkeit[32]) und meinen damit auch wohl nur die Fälle der objektiven Unmöglichkeit[33]).

Das preußische Allgemeine Landrecht dagegen kennt zwei Arten von Unmöglichkeit: die absolute und die bedingte (hypothetische) Unmöglichkeit[34]). Diese Begriffe sind nicht ganz klar und werden deshalb von den verschiedenen Schriftstellern des preußischen Rechts verschieden gefaßt[35]). Indessen wird doch wohl übereinstimmend angenommen, daß der Begriff bedingte Unmöglichkeit die sogenannte subjektive Unmöglichkeit mit umfaßt[36]).

In Erkenntnis der mangelnden Berechtigung, die beiden in Rede stehenden Begriffe unter dem gemeinsamen Oberbegriffe der „Unmöglichkeit" zusammenzufassen, haben sich in neuerer Zeit einige Schriftsteller[37]) gegen die Ausdrücke „objektive" und „subjektive Unmöglichkeit" erklärt mit Gründen, die allerdings zum Teil von den oben[38]) gegebenen Ausführungen abweichen. Brinz gebraucht dabei für das nur in der Person des Schuldners begründete Nichterfüllenkönnen den Ausdruck: „Unvermögen des Schuldners zur Leistung"[39]). Diesen Ausdruck hat dann das Bürgerliche Gesetz-

---

30) §§ 1126 ff. und 1302 ff.

31) Vgl. Zachariae-Crome, Französisches Civilrecht, § 279 Anm. 14 und § 325; Demolombe, Cours de code Napoléon, Bd. XXIV, Nr. 549 und Pothier an der ebenda citierten Stelle Oblig., Nr. 133, 160.

32) Vgl. §§ 721 ff. des sächsischen und 878, 882, 1447 des österreichischen B.G.B.

33) Vgl. z. B. bezüglich des österreichischen Rechts Stubenrauch, Kommentar zu § 878.

34) § 51 I, 5 A.L.R. und § 52 I, 5.

35) Vgl. Dernburg, Lehrbuch des preußischen Rechts, Bd. II, § 23 und Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, Bd. I, § 66.

36) Vgl. die in Anm. 35 angegebenen Stellen.

37) Vgl. Brinz, Pandekten, § 245; Hartmann, Obligation, S. 196 u. a.

38) S. 4 ff.

39) Vgl. auch Pothier an der oben Anm. 31 citierten Stelle mit den

buch für das Deutsche Reich im § 275 aufgenommen und dem Begriff der „Unmöglichkeit“ gegenübergestellt.

Die Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuchs stehen also auf dem Boden der l. 137 §§ 4, 5 D. de verb. obl. 45, 1. Die für sie gewählten Ausdrücke sind, genau besehen, nichts anderes als Uebersetzungen der in jener lex enthaltenen. Bei der „Unmöglichkeit“ im Vergleich zu der in der lex beliebten Negation des dari posse und possibilis liegt das auf der Hand. Aber auch die „difficultas“ bedeutet doch nichts anderes als eine Verneinung der facultas, wie die Gegenüberstellung beider Ausdrücke in der gedachten Quellenstelle beweist. Facultas aber ist zu übersetzen mit „Vermögen, etwas zu thun“[40]) und wird in der Stelle stets mit der Person der promissor, also der Schuldners in Verbindung gebracht. Auch die Motive zu dem ersten Entwurfe sprechen für diese Identität der Begriffe des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der citierten Quellenstelle. Denn sie betonen ausdrücklich[41]):

„Ein solches (subjektives Unvermögen) liegt nicht vor, wenn es bei der Leistung auf die Person des Schuldners ankommt und die Leistung objektiv unmöglich geworden ist, wohl aber dann, wenn das Vermögen des Schuldners nicht hinreicht, die Erfüllung zu bewirken, mag diese Leistung in Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen.“

Das stimmt völlig mit den Anschauungen der l. 137 D. 45, 1 über die difficultas überein. Insbesondere ist hier ebenso wie dort scharf als das am meisten charakteristische Merkmal für das Vorhandensein von nur schuldnerischem Unvermögen das alio possibile betont. Ist die in Rede kommende Leistung nicht alio possibilis, kommt es also auf die Persönlichkeit des Erfüllenden an, wie z. B., wenn ein berühmter Maler sich zur Lieferung eines Gemäldes verpflichtet[42]) oder ein Sänger zum Geben eines Konzertes an einem bestimmten Abende[43]), so schafft ein in diesen Personen liegender

---

Worten: lorsque la chose est possible en soi, l'obligation ne laisc pas de subsister quoiqu' il ne soit pas au pouvoir du debiteur de l'accomplir.

40) Vgl. z. B. Heumann, Handlexikon s. h. v.

41) Bd. II, S. 45.

42) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 95.

43) Vgl. Cosack, Lehrbuch des deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 331.

Hinderungsgrund eine Unmöglichkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches, nicht bloß ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung.

Es würde über den Rahmen der gegenwärtigen Arbeit hinausgehen, im einzelnen die Fälle darzustellen, in denen eine derartige Erfüllung durch einen Dritten unzulässig ist. Es muß genügen, hier im Anschluß an frühere[44]) Erörterungen zu betonen, daß eine solche Unzulässigkeit sowohl auf gesetzlichen Bestimmungen als auch auf Vertragsabmachungen beruhen kann. Besonders hervorzuheben ist nur der Fall, daß die in Frage kommende Leistungspflicht sich auf ein „Unterlassen" bezieht. Hier bekommt das Nichterfüllenkönnen infolge des Umstandes, daß das Unterlassen selbst eine Negative enthält, einen positiven Charakter. Das „nicht nicht thun können" ist gleichbedeutend mit einem „thun müssen"[45]) und dieses Thunmüssen ist m. E. stets als eine Unmöglichkeit des Unterlassens im Sinne des B.G.B. aufzufassen, nicht bloß eventuell als schuldnerisches Unvermögen, gleichviel ob der Grund des Müssens allein in der Person des Schuldners liegt oder nicht. Das „Nichtthun" läßt sich infolge seiner negativen Natur nicht von der Person des Schuldners loslösen. Bei einem positiven Thun läßt sich der Erfolg der Handlung, der Obligationszweck[46]), in der Regel durch jeden Dritten herbeiführen und ist deshalb in der Regel eine Erfüllung der Obligation durch einen Dritten zulässig. Bei einer Verletzung der Unterlassungspflicht durch den Schuldner aber läßt sich der Obligationszweck dadurch, daß etwa ein Dritter die in der Obligation erwähnte Handlung unterläßt, nicht erreichen. Es liegt ja auch auf der Hand, daß irgend ein solcher Dritter stets vorhanden wäre; eine Nichterfüllung einer auf eine Unterlassung gerichteten Pflicht wäre also bei der entgegengesetzten Annahme überhaupt undenkbar. Das Nichtthun seitens eines Dritten ersetzt daher niemals das Nichtthun seitens des verpflichteten Schuldners; sie kann nämlich niemals die durch obligationswidriges Handeln des Schuldners in die Welt gesetzte positive causa beseitigen.

Mit diesen Ausführungen haben wir nun allerdings, streng genommen, nicht eigentlich eine Definition der Begriffe „Unmöglichkeit" und „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" gewonnen. Wir haben vielmehr nur eine scharfe Abgrenzung der beiden Be-

---

44) Oben S. 5.
45) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 96.
46) Vgl. Hartmann, a. a. O.; Dernburg, Pandekten, Bd. II, § 2.

griffe gegeneinander erreicht. Indessen dürfte das für die praktische Anwendung des Gesetzes vollkommen genügen.

Die Römer selbst haben uns auch keine eigentlichen Begriffsbestimmungen hinterlassen, gebrauchen vielmehr nur öfters für die Unmöglichkeit umschreibende Redewendungen. So spricht z. B. Paulus in der l. 35 pr. D. de verb. obl. obl. 45, 1 von dem id, quod natura fieri non concedit und Venuleius in der oben behandelten l. 137 eodem von dem impedimentum naturale. Auch die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller verzichten zum weitaus größten Teil auf Versuche, solche Begriffsbestimungen aufzustellen. Nur Hartmann[47]) scheint davon eine Ausnahme machen zu wollen, indem er schreibt:

„Sie (die wahre Unmöglichkeit) ist nichts als die negative Notwendigkeit, die Notwendigkeit des Nichtgeschehens."

Doch damit ist nicht viel gewonnen. Ich wenigstens kann nicht finden, daß der auf diese Weise hineingekommene Begriff der Notwendigkeit einfacher und leichtverständlicher ist als der Begriff der Unmöglichkeit selbst. Wir haben es eben mit ganz fundamentalen Begriffen zu thun, die sich erläutern, beschreiben und umschreiben, nicht aber definieren lassen. Auch Schollmeyer[48]) begnügt sich daher, zu sagen:

„Unmöglichkeit der Leistung liegt dann vor, wenn die Leistung von niemandem gemacht werden kann . . . . . Den Gegensatz bildet die subjektive Unmöglichkeit: der rechtliche oder faktische Grund der Unmöglichkeit liegt in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners."

Diese Umschreibungen[49]) der Begriffe sind, abgesehen von der nach obigen[50]) Ausführungen schiefen Wiederaufnahme des Begriffes „subjektives Unvermögen" an Stelle des gesetzlichen „schuldnerischen Unvermögens", durchaus brauchbar. Betont muß m. E. nur noch werden, daß beide Begriffe überhaupt mehr den Charakter von Schlußfolgerungen aus den thatsächlichen Verhältnissen haben, als daß sie selbst unmittelbar die thatsächlichen Verhältnisse be-

47) A. a. O. S. 172; vgl. auch Ubbelohde im Archiv für civilistische Praxis, Bd. LXXXV, S. 118.

48) A. a. O. S. 95 unter 2.

49) Nur um solche handelt es sich auch hier, da das „nicht bewirkt werden kann" ebensowenig eine Definition enthält wie das fieri non concedit der l. 35 D. 45, 1.

50) S. 6 ff.

zeichnen. Das ist m. E. sehr schön in dem Absatz 1 des § 275 B.G.B., den wir weiter unten[51]) zu behandeln haben, zum Ausdruck gekommen. Dort wird nicht von einem nicht zu vertretenden Unmöglichwerden gesprochen, sondern nur von einem Unmöglichwerden, welches die Folge eines nicht zu vertretenden Umstandes ist.

Ob im einzelnen Falle überhaupt ein Nichterfüllenkönnen — sei dies nun eine Unmöglichkeit oder ein bloßes Unvermögen des Schuldners zur Leistung — vorliegt, das bestimmt sich nach den Besonderheiten jedes Falles und dem dadurch bedingten Inhalt der Leistung, dem durch sorgfältige Auslegung zu erfassenden Umfange des Solls[52]) der in Frage kommenden Leistungspflicht. Mit Recht führen daher die Motive zum I. Entwurfe[53]) im Anschluß an die Begründung des Redaktors des Obligationenrechts, Kübel[54]) — allerdings dem Wortlaut nach mit Beschränkung auf die Unmöglichkeit, aber doch allgemein verwendbar — aus:

„Ob eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, muß in concreto geprüft werden nach dem Gegenstande und gesamten Inhalte des Schuldverhältnisses."

Man muß sich daher vor allem sämtliche Momente der in Frage kommenden Leistungspflicht, also, wie der Redaktor Kübel treffend hervorhebt[55]), Quantität und Qualität, Ort und Zeit der Leistung vergegenwärtigen und danach prüfen, ob sich alle diese Momente verwirklichen lassen oder nicht. Es muß aber auch — und das ist m. E. noch immer nicht genug betont worden — als Moment der Leistung auch das Maß der von der in Frage kommenden Leistungspflicht, sei es gemäß erkennbarer Parteivereinbarung, sei es gemäß allgemeiner Verkehrsanschauung, geforderten Kraftanstrengung[56]) berücksichtigt werden. Denn ebenso wie Ort und Zeit und alle übrigen Momente der Leistung gehört auch dieses Maß der Kraftanstrengung wesentlich dazu, „den Inhalt des Schuldverhältnisses" zu bestimmen. Man ist nur deshalb leicht geneigt, dieses Moment bei der Frage, ob eine Leistung erfüllt werden kann oder nicht, außer acht zu lassen, weil es in dem durch die Er-

51) § 15.
52) Vgl. Hartmann, a. a. O. S. 161.
53) Bd. II, S. 45.
54) Zu Abschn. I, Tit. 2, I 1 b, ibid. §§ 1—3, S. 7 u. 8.
55) Vgl. die in Anm. 54 citierte Stelle.
56) Vgl. auch Planck, Kommentar zum B.G.B. Anm. 1 a f. zu § 279 und etwa auch Schollmeyer, a. a. O. S. 106.

füllung der Leistung schließlich herbeigeführten Erfolge, dem bleibenden Ergebnisse des an sich vorübergehenden Schuldverhältnisses nicht zum Ausdruck kommt, also niemals in dauernde Erscheinung tritt. Man verwechselt dann die Durchführbarkeit der in Frage kommenden Leistung d. h. des Leistens, wie es im Schuldverhältnis vorgeschrieben ist, mit der Herstellbarkeit des von dem Schuldverhältnisse losgelösten Ergebnisses, weil letzteres bleibt und jedem klar in die Augen tritt, während das Schuldverhältnis selbst durch die Erfüllung erlischt und allmählich in Vergessenheit gerät. Es heißt aber den Angelpunkt der ganzen Lehre außer Augen verlieren, wenn man nicht stets und allein das Schuldverhältnis selbst und das von ihm geforderte Leisten maßgebend sein läßt. Denn die Notwendigkeit einer speziellen Regelung der Schuldverhältnisse, deren Leistungen nicht erfüllt werden können, beruht doch gerade auf dem inneren Widerspruche in dem Schuldverhältnisse selbst, daß der Schuldner etwas thun soll, was er nicht thun kann[57]). Dieser Widerspruch ist aber auch schon dann vorhanden, wenn der Schuldner die Leistung auch nur mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung nicht erfüllen kann. Denn auch das Soll des Schuldverhältnisses erstreckt sich nur auf diese Kraftanstrengung; daß aber der Schuldner mit einer Kraftanstrengung, zu der ihn kein Soll nötigt, erfüllen könnte, ist für das allein in Betracht kommende Schuldverhältnis und dessen inneren Widerspruch bedeutungslos[58]).

Die praktische Bedeutung dieser Erörterung ist wohl ohne weiteres klar. Ein Beispiel mag sie indes erläutern. Gesetzt, ein Baumeister verpflichtet sich, ein zweistöckiges Haus von bestimmten Abmessungen, bestimmter Zimmer- und sonstiger Räumlichkeitenzahl u. s. w. auf einem bestimmten Grundstücke zu erbauen. Nun stellt sich beim Graben des Fundaments heraus, daß dieses Grundstück über einer 10 m hohen Tropfsteinhöhle liegt, so daß, ohne den Grund um diese vollen 10 m tiefer hinabzubauen, sich das gedachte Haus nicht erbauen läßt. Absolut betrachtet läßt sich hier nicht sagen, daß der Bau unmöglich sei. Denn es braucht ja nur eben dieser 10 m hohe Unterbau ausgeführt zu werden, um einen ganz den Abmachungen entsprechenden Bau herzustellen. Diese Kraftanstrengung überschreitet aber weit die gewöhnlich zu einem derartigen

57) Vgl. Hartmann, a. a. O. S. 175; Planck, a. a. O. Anm. 2 zu § 306.

58) Vgl. auch zur ganzen Frage die Begründung des Redaktors Kübel zu Abschn. I Tit. III 1, S. 3.

Bau erforderliche und kann deshalb mangels anderer Anhaltspunkte der Auslegung des Schuldverhältnisses nicht zu Grunde gelegt werden. Man kann sie deshalb auch dem Schuldner nicht zumuten, obwohl an sich seine Verpflichtung auf Herstellung des Baues schlechthin geht. Im Sinne des in Rede stehenden Schuldverhältnisses ist der Bau unter diesen Umständen als unmöglich zu betrachten, obwohl er es, absolut betrachtet, nicht ist. Das Gleiche gilt z. B., wenn das Grundstück, auf dem der Bau aufgeführt werden soll, von einer Sturmflut in das Meer gerissen wird, wie es bei den Halligen der Nordsee ja öfters vorkommt. Auch hier muß die Leistung im Sinne des in Rede stehenden Schuldverhältnisses als unmöglich angesehen werden, obwohl doch an sich Bauten in das Meer hinein gar wohl möglich sind.

Danach dürfte sich auch die von Dernburg[59]) aufgeworfene Streitfrage entscheiden, ob bei dem Versprechen einer fremden Sache ein solches Nichterfüllenkönnen — das sich hier natürlich als schuldnerisches Unvermögen charakterisieren würde — solange nicht vorhanden sei, als es nicht ausgeschlossen sei, daß der Schuldner sich die Sache zu beschaffen vermöge. Diese Frage, welche Dernburg[60]), bejaht, Planck[61]) dagegen z. B. verneint, kann m. E. auch nicht abstrakt entschieden werden. Man muß vielmehr auch hier nach den konkreten Verhältnissen des einzelnen Falles und dem jedem einzelnen Schuldverhältnisse zu Grunde liegenden Verpflichtungsgrunde prüfen, ob die Spannung der betreffenden Leistungspflicht eine derart intensive ist, daß der Schuldner auch eventuell zur Beschaffung der fremden Sache verpflichtet ist oder nicht. Trifft ersteres zu, so liegt natürlich kein Unvermögen zur Leistung vor, solange der Schuldner sich die fremde Sache zu beschaffen vermag. So aber liegt m. E. das Beispiel, welches Dernburg[62]) konstruiert, indem er annimmt, „ein Kunsthändler habe ein Gemälde versprochen, welches der Eigentümer auf Verkauf arbeitet." Dernburg denkt hier offenbar an einen Kaufvertrag, den der betreffende Kunsthändler über dieses Bild abschließt, ohne daß der Käufer weiß, daß das Bild nicht dem Kunsthändler gehört. Bei diesem Verkehr aber muß der Wille der Parteien wenigstens als eventueller dahin ausgelegt werden, daß jedenfalls der Kunsthändler sich zur Beschaffung des Bildes verpflichte.

59) Bürgerliches Recht, Bd. II, S. 128.
60) Ebenda.
61) Bürgerliches Gesetzbuch, II. Buch, S. 49.
62) An der in Anm. 59 citierten Stelle.

Bezüglich dieses Beschaffens aber liegt so lange kein Mangel am Können auf seiten des Kunsthändlers vor, als der Verfertiger und Eigentümer des Bildes zum Verkauf bereit ist. Anders liegt die Sache, wenn der zweite der oben gedachten Fälle zutrifft, daß nämlich der Schuldner auch nicht eventuell zur Beschaffung der fremden Sache verpflichtet erscheint, wie z. B. in einem von Ihering angeführten Falle. Ihering denkt daran, daß auf einer Auktion jemand auf ein seltenes Werk bietet und ihn ein anwesender Antiquar veranlaßt, vom weiteren Bieten abzustehen, indem er ihm „sein Exemplar“ für den gebotenen Preis anbietet, während dieses ohne sein Wissen bereits von seinen Leuten verkauft war. Hier sind die Parteien der Ansicht, daß der Antiquar noch gegenwärtig Eigentümer des gedachten Exemplars sei und schließen den Vertrag im Hinblick auf diese Annahme. Es fehlt jeder Grund zur Annahme, daß die Leistungspflicht des Antiquars im Sinne der Parteiabmachungen auch auf eine etwaige Anschaffung des gedachten Werkes gehen solle. Daher liegt, da das Exemplar thatsächlich veräußert und aus dem Eigentum des Antiquars ausgeschieden ist, im Sinne des in Rede stehenden Schuldverhältnisses ein Nichterfüllenkönnen und zwar speziell ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung[64]) vor, gleichgültig, ob an sich ein Rückkauf des Werkes noch durchführbar ist oder nicht.

Eine weitere Streitfrage bezüglich der Begriffe der hier in Rede stehenden Gesetzesausdrücke regt Dernburg[65]) ferner mit den Worten an:

„Mangel des Verpflichteten an Zahlungsmitteln wird vom Recht nicht als subjektive Unmöglichkeit — Unvermögen — behandelt[66]).“

63) Jahrbücher, Bd. IV, S. 68.

64) Nur ein solches und nicht, wie Ihering annimmt, eine Unmöglichkeit liegt vor. Es handelt sich um den Kauf einer individuell bestimmten Sache, deren Leistung zwar nicht von dem Schuldner, wohl aber von dem neuen Eigentümer bewirkt werden kann. Aus dem Worte „mein“ mit Ihering eine Bedingung des Vertrages dahin zu konstruieren, daß der Kauf durch das Vorhandensein des schuldnerischen Eigentums bedingt wäre, erscheint mir zu gewagt. Es wird dadurch der Leistungsgegenstand, der an sich ein genus darstellt, individualisiert.

65) A. a. O. S. 129.

66) Vgl. auch Schollmeyer, a. a. O. S. 96. Wie verhält sich aber dazu die Bemerkung ebenda, S. 106 zu § 279, welche lautet: „Nun bestimmt allerdings § 275 Abs. 2, daß der nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners

Dernburg beruft sich in einer Anmerkung zu diesem Satze auf eine Stelle in den Motiven zu dem Entwurfe I. Lesung, deren Wortlaut bereits oben angeführt ist, nämlich auf Band II, S. 45. Wie aus diesen Worten sich etwas für die Ansicht Dernburg's ergeben soll, ist mir unerfindlich. Denn es kann sich doch offenbar nur um die Worte, welche mit „wohl aber dann" anfangen, handeln; diese aber scheinen mir doch ausdrücklich gegen Dernburg zu entscheiden.

Auch im übrigen kann ich weder im Gesetze selbst[67]), noch auch in den Vorarbeiten einen Anhalt für die Richtigkeit der Dernburg'schen Ansicht finden. Eine solche ausdrückliche Bestimmung aber wäre notwendig, wenn Dernburg Recht haben sollte. Denn, wie letzterer durch die Fassung seiner Ansicht mit „wird nicht als Unvermögen behandelt" selbst zugiebt, liegen in dem gedachten Falle die Voraussetzungen eines Unvermögens des Schuldners zur Leistung an sich vor. Dem entspricht es auch, daß der Entwurf des Redacteurs Kübel bei den Vorschriften über das nachfolgende Nichterfüllenkönnen eine ausdrückliche Bestimmung[68]) dahingehend für notwendig erachtete, daß eine unverschuldet eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht als Unmöglichkeit gelte. Diese Bestimmung ist in das Gesetz nicht aufgenommen; zu beachten ist bei ihr, daß der Kübel'sche Entwurf den Ausdruck „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" noch nicht kannte und deshalb von einer Unmöglichkeit spricht[69]).

---

zur Leistung gleichstehen soll. In Anwendung dieser Bestimmung auf Gattungsschulden würde also der Schuldner auch dann befreit werden, wenn er hinterher zur Leistung der Gattungsgegenstände unvermögend würde, z. B. weil ihm die nötigen Mittel zu ihrer Anschaffung unverschuldet ausgegangen wären?"

67) Daß in einzelnen Beziehungen ein solcher Fall zum Teil anders behandelt wird als die meisten andern Fälle des Unvermögens (vgl. § 279 B.G.B.), kommt natürlich hier, wo es sich um die Begriffsbestimmung handelt, nicht in Betracht.

68) Abschn. I, Tit. III 1, § 11.

69) Vgl. auch z. B. Demolombe, Cours de code Napoléon, Bd. XXIV, Nr. 550.

I. Abschnitt.

Einseitige Schuldverhältnisse.

I. Kapitel.

Ursprüngliche Unmöglichkeit und ursprüngliches Unvermögen.

§ 3.

Vorbemerkung.

Wir wenden uns nunmehr zunächst zu dem Einfluß des ursprünglichen Nichterfüllenkönnens auf die aus einem einseitigen Schuldverhältnisse erwachsende Leistungspflicht, also zu dem Falle, wo nur eine unmittelbar betroffene Leistungspflicht in Betracht kommt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält in dieser Beziehung keine allgemeinen, auf sämtliche Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen sich erstreckende Bestimmungen. Vielmehr giebt es für den in Rede stehenden Punkt im großen und ganzen[70]) nur in den einzelnen Abschnitten Normen. So enthält der zweite Abschnitt des zweiten Buches „Schuldverhältnisse aus Verträgen" in seinem Titel „Begründung, Inhalt des Vertrages" einige Bestimmungen darüber in den §§ 306—308 und der dritte Abschnitt des fünften Buches „Testament" in seinem Titel „Vermächtnis" solche in den §§ 2150, 2169 ff.

Es empfiehlt sich, diese Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen, für welche in Rücksicht unserer Frage eine besondere Regelung gegeben ist, zunächst und zwar in getrennten Erörterungen

70) Eine allgemeinere Bestimmung ist § 265 B.G.B.

zu behandeln. Somit erhalten wir zwei besondere Abschnitte, von denen einer über die Verträge, der andere über die Vermächtnisse handelt. Inwieweit sich Regeln über das ursprüngliche Nichterfüllenkönnen hinsichtlich der anderen Entstehungsgründe für Schuldverhältnisse aufstellen lassen, wird sodann in einem weiteren Abschnitte zu behandeln sein.

Bei allen diesen Erörterungen aber werden wir gemäß den im § 2 entwickelten Begriffen den Einfluß der Unmöglichkeit und den des schuldnerischen Unvermögens streng auseinanderhalten.

I. Titel.

Vertragsschuldverhältnisse.

A. Ursprüngliche Unmöglichkeit.

§ 4.

Grundsätze.

Es bestimmt § 306 B.G.B.:

„Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

Daß dabei an die ursprüngliche Unmöglichkeit gedacht ist, ergiebt der Gegensatz zu dem später zu behandelnden § 275 B.G.B., welcher zusammen mit den ihm folgenden Paragraphen ausdrücklich den Fall behandelt, daß „die Leistung . . . . . nach Entstehung des Schuldverhältnisses . . . . . unmöglich wird." Damit stimmen auch die Motive zu dem Entwurfe I. Lesung überein, indem sie zu dem dort unserm § 306 entsprechenden § 344 bemerken[1]):

„Verstanden ist die anfängliche (objektive) Unmöglichkeit."

Der Einfluß einer solchen ist in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem römischen und gemeinen Rechte[2]) dahin festgestellt, daß der ganze auf eine derartige Leistung gerichtete Vertrag nichtig ist. Auf den Grund der Unmöglichkeit kommt es dabei nicht an. Es ist ganz gleichgültig, ob Naturgesetz oder Rechtsverfassung die Verwirklichung der

1) Bd. II, S. 176.
2) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 102 ff.

Leistung verhindert[3]), ob also — um die bei den gemeinrechtlichen Schriftstellern gebräuchlichen Ausdrücke[4]) anzuwenden — die vorliegende Unmöglichkeit ein natürliche oder eine juristische ist. Ebensowenig ist es auch von Bedeutung, welche der einzelnen von manchen Schriftstellern und Gesetzbüchern[5]) aufgezählten Gruppen dieser Unmöglichkeiten im einzelnen Falle zutrifft. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es deshalb absichtlich[6]) unterlassen, solche Gruppen, wie etwa Verträge über nicht vorhandene oder untergegangene Sachen und über dem Verkehr entzogene und eigene Sachen und Rechte des Gläubigers, aufzuzählen. Diese Gruppen lassen sich natürlich auch künftig noch unterscheiden; sie sind aber bedeutungslos, da ihr Unterschied keinen Unterschied in der Behandlung der von ihnen betroffenen Verträge herbeiführt. Hervorzuheben wären nur etwa die dem Verkehr entzogenen Gegenstände, mit welchen sich die Motive zum ersten Entwurfe[7]) an dieser Stelle ausführlicher beschäftigen, indem sie sagen:

„Anlangend die dem Verkehr entzogenen Gegenstände, so bedarf es für die durch die Natur der Dinge der menschlichen Verkehrsmacht entzogenen Sachen keiner Bestimmung; das auf solche Sachen sich beziehende Leistungsversprechen ist zweifellos wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig. Aber auch hinsichtlich derjenigen Sachen, welche dem Verkehr durch ein positives Gesetz entzogen erscheinen, ist eine besondere Bestimmung entbehrlich, da aus dem betreffenden Gesetze entnommen werden muß, in welchem Umfange der Verkehr der Sachen ausgeschlossen ist; soweit dies der Fall ist, kann es sich nur um eine verbotene Leistung handeln. Uebrig bleiben hiernach die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen, welche — mindestens nach modernem Rechte — nur solche Verträge nicht zulassen, wodurch diese ihre Bestimmung, solange dieselbe auf dem durch das öffentliche Recht bestimmten Wege nicht aufgehoben ist, beeinträchtigt würde, insbesondere die öffentlichen Wege, Straßen und Plätze. Bei diesen Sachen zeigt sich das Eigentümliche, daß solche Verträge über sie geschlossen werden können, deren Erfüllung die erwähnte Bestimmung der Sachen unberührt läßt. Trifft das

3) Vgl. l. 34 § 1 D. de contr. empt. 18, 1.
4) Vgl. z. B. Mommsen, a. a. O. S. 3.
5) Vgl. die in den Motiven, Bd. II, S. 177 Anm. 1 citierten.
6) Motive, Bd. II, S. 176 a. E.
7) Bd. II, S. 177.

Gegenteil zu, so liegt juristische Unmöglichkeit vor, wobei der Wissenschaft die Lösung der Frage überlassen bleiben muß, ob immer objektive Unmöglichkeit anzunehmen ist oder ob etwa in concreto im Hinblick auf den Umstand, daß das Hindernis durch obrigkeitliche oder behördliche Anordnung aufgehoben werden kann, bei Unkenntnis der Parteien von der beschränkten Verkehrsunfähigkeit die Auffassung begründet sein könnte, daß ein dem Vertrage über Sachen oder Rechte eines Dritten (§ 348) analog zu behandelnder Vertrag vorliege."

Diese Ausführungen sind, soweit sie die beiden ersten der erwähnten drei Fälle behandeln, ohne weiteres klar und zu billigen. Sie entsprechen auch vollkommen dem Standpunkte, welchen die neuere gemeinrechtliche Lehre in diesen Fragen einmütig eingenommen hat[8]). Der letzte Fall dagegen, der Vertrag über eine res publica in publico usu, welcher mit deren Zweckbestimmung unvereinbar ist, bedarf näherer Erörterung.

Die Motive regen hier die Frage an, ob in diesem Falle bei Unkenntnis der Parteien von der beschränkten Verkehrsunfähigkeit stets objektive Unmöglichkeit vorliege oder ob in concreto ein dem Vertrage über Sachen und Rechte eines Dritten (§ 348 des Entwurfes I. Lesung) analog zu behandelnder Vertrag angenommen werden könne. Der dabei angezogene Paragraph des Entwurfs bestimmte in seinem Absatz 1:

„Ein Vertrag ist deshalb nicht ungültig, weil die Leistung auf Sachen und Rechte eines Dritten sich bezieht."

Die Bestimmung ist nun allerdings in das endgültige Gesetz nicht aufgenommen worden. Trotzdem aber ist die in den Motiven aufgeworfene Frage auch jetzt nicht bedeutungslos. Denn ihr Kernpunkt besteht darin, daß dieser Fall manchmal so behandelt werden soll, als ob kein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag, sondern nur ein solcher über fremde Sachen vorläge. Das aber läßt sich erörtern, gleichgültig, ob das Gesetz eine ausdrückliche Bestimmung über den letzteren Fall enthält oder nicht.

Der Vertrag über dem Schuldner fremde Sachen und Rechte fällt nämlich nunmehr einfach unter die allgemeine Kategorie der Verträge über Leistungen, bei denen ein Unvermögen des Schuldners zur Leistung vorliegt. So hat auch die bisherige gemeinrechtliche Lehre diesen Fall stets als einen solchen der sog. subjektiven Un-

8) Vgl. z. B. Mommsen, a. a. O. S. 22 ff.; Hartmann, a. a. O. S. 188 ff. u. a.

möglichkeit behandelt[9]). Es liegt ja auch bei diesen Verträgen die Sache in der That so, daß die Leistung zwar nicht von dem Schuldner, wohl aber von einem andern, nämlich dem fremden Eigentümer erfüllt werden kann. Demnach ist die von den Motiven angeregte Frage gegenwärtig so zu formulieren, ob in concreto bei den beregten Fällen manchmal ein bloßes Unvermögen des Schuldners zur Leistung statt einer Unmöglichkeit als vorliegend angenommen werden kann.

Diese Frage dürfte zu verneinen sein[10]). Bereits die römischen Juristen haben dem von den Motiven betonten „Umstand, daß das Hindernis . . . . gehoben werden kann" niemals eine Bedeutung zuerkannt. So lautet § 2 J. de inutili stipulatione 3, 19.:

> Idem iuris est (id est: inutilis erit stipulatio) si rem sacram aut religiosam . . . vel publicam, quae usibus populi perpetuo exposita sit . . . dari quis stipuletur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci . . . potest: sed protinus inutilis est.

und l. 83 § 5 D. de verb. obl. 45, 1: Paulus:

> Sacram vel religiosam rem vel usibus publicis in perpetuum relictam (ut forum aut basilicam) . . . inutiliter stipulor quamvis sacra profana fieri et usibus publicis relicta in privatos usus reverti . . . potest.

Verträge über fremde, d. h. im Eigentum dritter Personen befindliche Sachen haben sie dagegen ohne jedes Bedenken zugelassen; vgl. von den vielen diesbezüglichen Stellen nur etwa l. 28 D. de contr. empt. 18, 1: Ulpianus:

> Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio.

Es steht ja aber auch die Befugnis, welche die Behörde oder Obrigkeit kraft ihrer amtlichen Stellung und ihrer amtlichen Verfügungsmacht besitzt, die Verkehrsbeschränkung bei den ihr unter-

---

9) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 264 Anm. 1; Mommsen, a. a. O. S. 12 u. a.

10) Wohlverstanden, daß nach dem Inhalte des Vertrages insbesondere der von ihm geforderten Kraftanstrengung (oben S. 31 ff.) überhaupt ein Nichterfüllenkönnen vorliegt. Die Motive betonen deshalb an dieser Stelle stark „die Unkenntnis der Parteien von der beschränkten Verkehrsunfähigkeit". Bei Kenntnis der Parteien von dem Hindernis wird der Vertrag wohl meist auf Beschaffung der Sachen gehen und durch die eventuelle Aufhebung der öffentlichen Eigenschaft bedingt sein.

stehenden öffentlichen Sachen aufzuheben und sie dem freien Verkehr ganz oder zum Teil wieder zurückzugeben, durchaus nicht der privaten Verfügungsmacht jeden Eigentümers über die ihm gehörige Sache gleich. Jene ist ein Ausfluß des öffentlichen Rechts und untersteht dessen Normen, diese entfließt dem Privatrecht und wird von dessen Bestimmungen geregelt. Es ist willkürlich und gewagt, von dieser grundsätzlichen Verschiedenheit der Verhältnisse abzusehen. Es muß vielmehr anerkannt werden, daß die private Verfügungsmacht des fremden Eigentümers mit ihrer grundsätzlichen Abhängigkeit von privaten Vorteilen der Verwirklichung einer auf diese fremde Sache bezüglichen Leistungsverbindlichkeit eines Dritten ein viel geringeres Erfüllungshindernis bietet, als die den Einwirkungen privater Vorteile und Bestrebungen grundsätzlich entzogene und korrekterweise allein im öffentlichen Interesse zu gebrauchende Befugnis der Behörden, den bisherigen res publicae in publico usu diese Eigenschaft ganz oder oder zum Teil zu nehmen. Für privatrechtliche Einflüsse und privatrechtliche Beziehung hat also das auf öffentlichem Interesse beruhende Hindernis als Unmöglichkeit zu gelten.

Von durchaus maßgebender Bedeutung für die praktische Behandlung der in Betracht kommenden Schuldverhältnisse ist dagegen der Umfang der im einzelnen Falle zu Tage tretenden Unmöglichkeit.

Die Auslegung[11]) des vertragsmäßigen Leistungsinhalts ergiebt für denselben eine Menge verschiedener Momente, teils solcher, welche die Parteien ausdrücklich hervorgehoben haben, teils solcher, welche als Wille der Parteien zu vermuten sind. Diese sämtlichen Momente zerfallen nun in wesentliche und in unwesentliche, je nach der Bedeutung, welche sie für den Parteiwillen behufs Verwirklichung der Zwecke haben, welchen die Parteien durch Eingehung des betreffenden Schuldverhältnisses genügen wollen. Streng genommen müssen nun alle diese Momente in der Erfüllung verwirklicht werden, wenn eine wirklich vertragsgemäße Leistung zustande kommen soll. Ein einziges Moment, sei es auch das unwesentlichste, bewirkt, wenn es nicht verwirklicht werden kann, daß die Leistung nicht so, wie sie der Vertrag beabsichtigt, gemacht werden kann, führt also die Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des Vertrags herbei. Damit wäre, streng genommen, gemäß § 306 B.G.B. die Nichtigkeit des

11) Vgl. oben S. 14 ff.

ganzen auf eine solche Leistung gerichteten Vertrages gegeben. Indessen entspricht dies nicht dem praktischen Bedürfnisse. Der Verkehr und der Parteiwille macht bei der Verwirklichung der einzelnen Momente je nach ihrer Bedeutung große Unterschiede. Die fehlende Verwirklichung eines nur unwesentlichen Moments hindert die Erreichung des beabsichtigten Vertragszweckes im großen und ganzen nicht und wird deshalb nicht so schwer empfunden, daß die so veränderte Erfüllung als gar nicht mehr dem Vertrage und der dort aufgelegten Leistung entsprechend angesehen wird, wenn man natürlich auch nicht verkennt, daß eine vollständige Uebereinstimmung zwischen Erfüllungspflicht und Erfüllung nicht vorliegt. Man spricht dann von einer teilweisen Nichterfüllung der Verbindlichkeit und, wenn diese teilweise Nichterfüllung auf einem objektiven Mangel am Können beruht, von einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung.

So wird es z. B. in den meisten Fällen nicht viel darauf ankommen, ob eine Leistung, welche vertragsgemäß am 5. Januar eines Jahres vorgenommen werden soll, bereits an diesem Tage oder erst vielleicht am 6. Januar vorgenommen wird. Stellt sich nun heraus, daß diese Leistung überhaupt nicht am 5. Januar, wohl aber am 6. Januar vorgenommen werden *kann*, so wird auch dies in den meisten Fällen als unerheblich angesehen und die Unmöglichkeit nur als teilweise betrachtet werden[12]). Aehnliches gilt, wenn eine unerhebliche Eigenschaft der Leistung gar nicht oder eine wesentliche nicht ganz in dem vertragsmäßigen Umfange verwirklicht werden kann[13]). Endlich kann eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung auch in der Weise vorliegen — und hierauf paßt die Bezeichnung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch recht eigentlich — daß bei einer teilbaren zu leistenden Quantität nur die Leistung eines Teils dieser Quantität sich verwirklichen läßt[14]). Hervorzuheben ist zu

12) Daß auch die zeitweilige Unmöglichkeit als eine teilweise zu bezeichnen ist, wird bereits von den gemeinrechtlichen Schriftstellern (vgl. z. B. Mommsen, a. a. O. S. 212 ff.) anerkannt. Aber auch die Motive (Bd. II, S. 60) nennen den Verzug eine „Nichterfüllung der Verbindlichkeit in einer bestimmten Richtung" und ziehen bei dessen Behandlung eine Parallele zu der Behandlung der teilweisen Unmöglichkeit. Es beruht dies darauf, daß die einmal verflossene vertragsmäßige Erfüllungszeit nicht mehr wiederkehrt, in dieser Beziehung also eine genau dem Vertrage entsprechende Erfüllung nunmehr unmöglich ist (vgl. Motive zu § 245 des Entwurfs Bd. II, S. 56.

13) Mommsen, a. a. O. S. 194 ff.

14) Mommsen, a. a. O. S. 153 ff.

allen diesen Fällen der teilweisen Unmöglichkeit nur hinsichtlich des Unterschiedes zwischen der zeitweiligen und der dauernden Unmöglichkeit, daß zur Annahme der letzteren nicht erforderlich ist, daß eine Aenderung der Sachlage unmöglich[15]) oder auch nur nicht voraussichtlich sei. Es genügt, daß der die Unmöglichkeit verursachende Umstand dem gewöhnlichen Laufe der Dinge nach auf eine für die Dauer des konkreten Schuldverhältnisses nicht angemessene Zeit die Erfüllung der Leistung verhindert[16]).

Den in diesen Ausführungen dargelegten Verkehrsanschauungen und dem praktischen Bedürfnisse trägt der an sich viel allgemeiner gehaltene, aber auch in der hier gedachten Beziehung anzuwendende[17]) § 139 B.G.B. Rechnung?:

„Ist ein Teil eines Rechtsgeschäftes nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde."

Es ist also ein Vertrag, der auf eine nur teilweise unmögliche Leistung gerichtet ist, insoweit nicht nichtig, als die Leistung sich verwirklichen läßt, falls anzunehmen ist, daß die Kontrahenten diesen Vertrag auch ohne die nicht realisierbaren Bestimmungen geschlossen haben würden. Daß diese Annahme aber zutrifft, dafür muß die nötigen Unterlagen und eventuell Beweise derjenige geben, welcher sich auf die teilweise Gültigkeit des Vertrages beruft. Das ergiebt klar und deutlich die Fassung der Vorschrift des § 139 und wird in den Motiven zu dem § 306[18]) mit den Worten: „falls erweislich die Parteien auch in tantum kontrahiert haben" ausdrücklich anerkannt.

Eine weitere Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuchs, welche bei der Erörterung der teilweisen Unmöglichkeit heranzuziehen ist, enthält der § 265 B.G.B. Dieser Paragraph bezieht sich auf die sogenannten Alternativschuldverhältnisse, d. h. also die Fälle, wo ein Kontrahent bei der Vertragserfüllung die Wahl zwischen mindestens zwei in Obligation gestellten Leistungen hat. Ist nun eine dieser verschiedenen Wahlleistungen unmöglich, nicht aber die andere, so stellt sich das im Rahmen des ganzen Schuldverhältnisses m. E. nur als teilweise Unmöglichkeit bezüglich der dem Schuldner obliegenden Leistungspflicht dar, indem diese alternativ gespaltene

15) Vgl. die oben citierten § 2 J. 3, 19 und l. 83 § 5 D. 45, 1.
16) Vgl. Seufferth's Archiv, Bd. XLV, Nr. 176.
17) Vgl. Motive, Bd. II, S. 177, 178.
18) § 344 des Entwurfs; Motive, Bd. II, S. 177.

Pflicht in einem Zweige sich nicht verwirklichen läßt. Immerhin aber ist dies doch ein ganz eigenartiger[19]) Fall der teilweisen Unmöglichkeit, welcher zu einer besonderen, selbständigen Regelung genügend Anlaß giebt. Diese Regelung aber trifft eben der § 265, welcher — soweit er hier bei der ursprünglichen Unmöglichkeit in Betracht kommt — lautet:

„Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich . . , so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen."

Diese Regelung weicht durchaus von der im § 139 B.G.B. gegebenen Norm ab. Denn dort ist die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts als Regel angenommen und das Bestehen des möglichen Teiles ausdrücklich von dem Parteiwillen, der erst zu beweisen ist, abhängig gemacht. Hier dagegen ist das Bestehen des auf die möglichen Leistungen eingeschränkten Schuldverhältnisses ohne weiteres ausgesprochen und der Parteiwille erst gar nicht erwähnt. Eine auf die Gültigkeit auch dieses so beschränkten Schuldverhältnisses gerichtete Parteiintention braucht also nicht erwiesen zu werden. Allerdings ist damit die Wirksamkeit eines entgegenstehenden erkennbaren Parteiwillens nicht ausgeschlossen; denn der § 265 hat nur den Charakter einer Dispositivvorschrift oder einer Auslegungsregel[20]). Indessen ist die Wirkung doch die, daß derjenige, welcher die Nichtigkeit und Unwirksamkeit des ganzen alternativ gespaltenen Schuldverhältnisses geltend machen will, seinerseits für die Annahme eines der Regel des § 265 B.G.B. entgegenstehenden Parteiwillens die nötigen Unterlagen zu geben hat, widrigenfalls es bei der Regel des § 265 verbleibt.

Eine eigenartige Kollision der beiden eben besprochenen Normen, des § 139 und des § 265 B.G.B., liegt vor, wenn die eine der alternativ geschuldeten Leistungen selbst nicht ganz, sondern nur zum Teil unmöglich ist. Welche Bestimmung ist da anzuwenden? Man hat behauptet, daß hier der § 265 B.G.B. gar nicht zutreffe und deshalb lediglich nach § 139 B.G.B. zu entscheiden sei mit der Begründung, daß es

„schwerlich im Sinne der Gläubiger und Schuldner sein dürfte, hier eine Alternativobligation zwischen dem unbedeutenden Rest der einen Leistung und der vollen andern Leistung anzunehmen[21])."

---

19) Vgl. unten § 15.
20) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 68; vgl. auch Motive, Bd. II, S. 9.
21) Schollmeyer, a. a. O. § 15.

Bei dieser Deduktion ist zunächst zu bemängeln, daß die Begründung nicht ganz mit dem gestellten Thema übereinstimmt. Denn während in ersterer nur von „dem unbedeutenden Reste der einen Leistung“ gesprochen wird, ist der zur Entscheidung gegebene Fall doch nur der, daß überhaupt ein Teil der einen alternativen Leistung unmöglich ist. Ob dieser Teil, welcher unmöglich ist, ein großer ist, so daß von der Leistung als möglich nur noch „ein unbedeutender Rest“ übrig bleibt oder ob es nur ein geringer ist, das steht ja gar nicht fest. Eine aus dieser willkürlichen Beschränkung gewonnene Begründung kann für die Entscheidung der ganzen Frage nicht maßgebend sein. Außerdem ist aber der bloße Satz, daß in diesem Falle lediglich der § 139 B.G.B. Anwendung zu finden habe, in seinen Konsequenzen bei der eigenartigen Beschaffenheit der alternativen Schuldverhältnisse m. E. ziemlich unklar.

Man muß bei der Entscheidung der in Rede stehenden Frage in ihrem vollen Umfange berücksichtigen, daß bei einer Alternativobligation zwar jede einzelne der alternativ geschuldeten Leistungen sich im Rahmen des ganzen Schuldverhältnisses, der ganzen Obligation als solcher, nur als ein Teil darstellt; trotzdem aber ist sie, für sich betrachtet, eine in sich abgeschlossene vollständige Leistung, welche sogar — die auf sie fallende Wahl vorausgesetzt — bestimmt ist, einmal den alleinigen Gegenstand des Schuldverhältnisses zu bilden und in ihrer Verwirklichung als vollständige Erfüllung desselben zu gelten. Aus dieser Abgeschlossenheit der einzelnen Alternativleistung in sich ergiebt sich m. E. die juristische Berechtigung, dieselbe zunächst für sich unter dem Gesichtspunkte des § 139 B.G.B. zu betrachten. Danach wird man bei teilweiser Unmöglichkeit nur einer der alternativ geschuldeten Leistungen die gänzliche Hinfälligkeit dieser einen annehmen müssen, falls nicht nach dem zu erweisenden Parteiwillen anzunehmen ist, daß die Leistung auch ohne den unmöglichen Teil in das alternative Schuldverhältnis aufgenommen worden wäre. Ein wesentliches Hilfsmittel bei der Auslegung des Parteiwillens wird natürlich auch die Aequivalenz der einzelnen alternativen Leistungen bilden, welche vernünftigerweise bei jedem alternativen Schuldverhältnis im allgemeinen vorauszusetzen ist. Stellt sich dann bei dieser Betrachtung heraus, daß die teilweise Unmöglichkeit der einen alternativen Leistung diese in den Augen der Parteien zu einer deren Vertragsabsicht und Vertragswillen gar nicht mehr erfüllenden macht, so liegt ein Fall vor, für welchen § 265 B.G.B. bestimmt ist. Trifft das dagegen nicht

zu, ist also der Mangel der Erfüllbarkeit so gering, daß die erfüllbare Leistung in den Augen der Kontrahenten nicht wesentlich an Wert und Bedeutung verliert, so ein für die Anwendung des gedachten Paragraphen passender Fall gar nicht vor.

§ 5.

Fortsetzung.

Bei dem Wechsel der Verhältnisse, der häufig, ohne daß er sich vielleicht auch voraussehen läßt, eine Veränderung bezüglich der Möglichkeit und Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, ist für die praktische Behandlung der ganzen Materie die Frage von außerordentlicher Bedeutung, von welchem Zeitpunkt aus das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Unmöglichkeit beurteilt wird. Dieser Zeitpunkt ist nicht zu verwechseln mit dem Zeitpunkt der Erfüllung des Schuldverhältnisses. Letzterer ist ein der Leistung selbst inne wohnendes und mit ihr zu verwirklichendes Moment derselben. Er muß also bei der Beurteilung der Frage, ob die Leistung im Sinne des in Betracht kommenden Schuldverhältnisses möglich oder unmöglich sei, von selbst mit berücksichtigt werden und führt eventuell sogar selbst die ganze oder teilweise Unmöglichkeit herbei. Ersterer dagegen liegt ganz außerhalb der Leistung. Er bildet an sich kein irgendwie in Betracht kommendes Moment derselben und hat nur deshalb auf die in Rede stehende Beurteilung einen Einfluß, und zwar einen sehr erheblichen Einfluß, weil er sozusagen den Gesichtswinkel abgiebt, unter welchem dem die zur Zeit der Erfüllung maßgebenden Verhältnisse dem über Möglichkeit und Unmöglichkeit Urteilenden zu erscheinen haben.

Für die ursprüngliche Unmöglichkeit muß als solcher Zeitpunkt an sich logisch der Moment der Entstehung des Schuldverhältnisses und der auf ihm beruhenden Leistungspflicht angesehen werden; denn als ursprünglich kann korrekterweise eine Unmöglichkeit nur dann bezeichnet werden, wenn sie bereits in diesem Augenblicke des Ursprungs oder der Geburt sozusagen des Schuldverhältnisses vorhanden ist.

In § 306 B.G.B. ist schlechtweg jeder auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag für nichtig erklärt. Diese Richtung des Vertrages auf etwas Unmögliches aber ergiebt sich

stets bereits bei Abschluß des Vertrages, gleichgültig, ob der abgeschlossene Vertrag ein derartiger ist, daß aus ihm im Momente des Abschlusses schon ein Schuldverhältnis und eine Leistungspflicht entsteht oder nicht. Denn die Bestimmung des Gegenstandes des Vertrages und damit das Richten des Vertrages auf eine bestimmte Leistung erfolgt bereits durch den Abschluß. Im Sinne des § 306 ist also eine in diesem Zeitpunkt vorhandene Unmöglichkeit eine ursprüngliche, die Wirksamkeit des Vertrages vernichtende[1]).

Indessen ist doch bei den Verträgen, bei denen das Schuldverhältnis und die Leistungspflicht nicht mit dem Vertragsschluß entsteht, eine Besonderheit geschaffen. Als solche Verträge kommen zunächst die aufschiebend bedingten in Betracht. Denn hier entsteht zwar auch mit dem Abschluß des Vertrages eine genau bestimmte Gebundenheit der Kontrahenten[2]); indessen tritt doch „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung“[3]) und damit der für die Praxis erheblichere Moment, in welchem das aus dem bedingten Vertrage fließende Recht als ein in sich gefestigtes in die Außenwelt tritt, eine Leistungspflicht und ein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 B.G.B. überhaupt erst entsteht, erst „mit dem Eintritt der Bedingung ein“[3]).

Das Gleiche gilt für die Verträge, deren Leistungspflicht im Sinne des § 163 B.G.B. befristet ist, welcher lautet:

„Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangs- . . . termin bestimmt, so finden . . . die für die aufschiebende . . . Bedingung geltenden Vorschriften des § 158, 160, 161 entsprechende Anwendung“[4])

und damit diesen Fall der aufschiebenden Befristung dem vorigen hinsichtlich des in Betracht kommenden Punktes gleichstellt. Denn auch hier tritt infolge der Heranziehung des § 158 B.G.B. die Wirkung des aufschiebend befristeten Vertrages erst mit dem Eintritt des Termins ein. Zu verwechseln ist mit diesem Falle nicht derjenige, daß lediglich die Erfüllungszeit für die Leistung durch

---

1) Vgl. auch etwa Mommsen, a. a. O. S. 1.

2) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 1; Windscheid, Pandekten, Bd. I, § 89; Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, § 61; §§ 160 ff. B.G.B.

3) § 158 B.G.B.; vgl. dazu z. B. Cosack, a. a. O.

4) Die hier wesentlich in Betracht kommende Bestimmung des § 158 B.G.B. ergiebt sich aus den im Text zu Anm. 3 angeführten Worten.

die Angabe des Termins bestimmt werden soll, die Leistungspflicht aber bereits bei Abschluß des Vertrages als eine in sich gefestigte und voll wirksame entstehen soll. Hier wird lediglich „die Geltendmachung der rechtlichen Wirkung hinausgeschoben“ [5]), nicht aber die Wirkung, d. h. die Entstehung des Schuldverhältnisses selbst.

Bereits die römischen Juristen haben der Besonderheit der gedachten Verträge Rechnung getragen. Sie [6]) haben Verträge über nicht vorhandene Sachen unter der Bedingung, daß diese Sachen entständen, zugelassen und erkennen einen Kaufvertrag über einen freien Menschen unter der zusätzlichen Bestimmung „cum servus erit“ nur deshalb nicht als gültig an, weil es gerade hier, wo die Freiheit eines Menschen in Frage kommt, nicht „fas“ sein würde eiusmodi casus exspectare [7]). Man hat also Verträge über gegenwärtig, d. h. zur Zeit des Vertragsschlusses, unmögliche Leistungen zugelassen und für gültig erklärt, wenn sie unter der Bedingung geschlossen waren, daß eben diese Leistungen möglich würden [8]). Man ist aber noch weiter gegangen und hat auch Verträge über gegenwärtig Unmögliches dann als gültig anerkannt, wenn sie unter einer andern Bedingung abgeschlossen wurden und die Leistung zur Zeit des Eintritts dieser Bedingung möglich geworden war [9]) [10]).

Ganz entsprechend, nur zum Teil vielleicht noch weiter gehend, bestimmt im Bürgerlichen Gesetzbuch der § 308:

„Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird.

Wird eine unmögliche Leistung unter einer andern aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins

5) Vgl. § 141 des Entwurfs I. Lesung.

6) Vgl. die bei Mommsen, a. a. O. S. 151 angeführten Stellen und Mommsen selbst.

7) Vgl. l. 34 § 2 D. 18, 1.

8) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 150.

9) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 151 f.

10) So führt in l. 61 D. de contr. empt. 18, 1 Marcellus aus:

„Existimo posse me id quod meum est sub condicione emere, quod forte speratur, meum esse desinere“

und in l. 31 D. de verb. obl. 45, 1 Pomponius:

„Si rem meam sub condicione stipuleo, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit“.

versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird."

In allen Fällen dieser Gesetzesbestimmung ist es Voraussetzung, daß von dem Gesichtspunkte der Zeit des Vertragsschlusses aus betrachtet, der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet sei. Es wird durch ihn im Absatz 2 keinesfalls etwa die Gültigkeit der aufschiebend bedingten und aufschiebend befristeten Verträge dahin eingeschränkt, daß die ihren Gegenstand bildenden Leistungen nicht nur im Augenblicke des Vertragsschlusses, sondern auch im Augenblicke des Eintritts der Bedingung oder des Termins noch möglich sein müßten. Es wird vielmehr durch die gedachte Bestimmung die Gruppe der gültigen Verträge dahin erweitert, daß aus der Menge der Verträge, deren Leistungen sich unter dem Gesichtswinkel der Zeit des Vertragsschlusses als unmöglich erscheinen und die daher der allgemeinen Bestimmung des § 306 B.G.B. zufolge als nichtig zu erachten wären, noch ein Teil, nämlich diejenigen, deren Leistung noch vor Eintritt der Bedingung oder des Termins möglich wird, ausgeschieden und für gültig erklärt wird. Die Gültigkeit der Verträge, welche unter einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abgeschlossen sind und deren Leistung vom Standpunkte des Vertragsschlusses als möglich erscheint, wird nicht berührt.

Ob eine Leistung im Augenblicke des Vertragsschlusses als unmöglich anzusehen ist oder nicht, ob also überhaupt eine Anwendung des § 308 B.G.B. in Frage kommt oder nicht, das bestimmt sich nach den oben[11]) gegebenen Ausführungen in hohem Maße auch unter Berücksichtigung des der Leistung selbst innewohnenden vertragsmäßigen Erfüllungszeitpunkts. Es mag dies zur Vermeidung von Verwechselungen zwischen dem Erfüllungs- und dem Beurteilungszeitpunkte, wie sie gerade hier besonders nahe liegen, nochmals ausdrücklich hervorgehoben werden. Es kann gar wohl der Fall eintreten, daß eine Leistung mit einem bestimmten Erfüllungstermine unmöglich wäre, falls sie bereits im Augenblicke des Vertragsschlusses erfüllt werden sollte. Dennoch aber kann eine von dem Standpunkte der Abschlußzeit ausgehende Beurteilung der zur Erfüllungszeit maßgebenden Verhältnisse zu dem Resultate kommen, daß die Leistung sich zu ihrer Erfüllungszeit verwirklichen lassen wird, also im Sinne des Vertrages möglich ist. Es ist dies

11) S. 29.

eine ganz andere Sachlage als diejenige, welche § 308 B.G.B. mit seinen Worten „wenn die Unmöglichkeit behoben werden kann" voraussetzt. Denn in diesen Worten liegt, daß für eine vom Zeitpunkte des Vertragsschlusses ausgehende Beurteilung eine Unmöglichkeit der vertragsmäßigen Leistung sich ergeben muß, während es nur klar ist, daß eine Veränderung der maßgebenden Verhältnisse nicht ausgeschlossen ist und ein Möglichwerden der Leistung deshalb eintreten kann.

Im übrigen ist zu der behandelten Bestimmung noch zu bemerken: Im Absatz 1 müssen der Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung und der des Möglichwerdens notwendigerweise zusammenfallen. Denn in dem von ihm behandelten Falle ist ja gerade die Behebung der Unmöglichkeit als Bedingung gesetzt. Anders liegt die Sache aber in den Fällen, auf welche Absatz 2 des § 308 abzielt. Hier können die Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung und der Behebung des Erfüllungshindernisses nicht bloß auseinanderfallen, sondern sie werden es in den meisten Fällen auch thatsächlich thun. Dem strengen Wortlaut des Gesetzes nach liegt ein gültiger Vertrag nun hier nur dann vor, wenn „die Unmöglichkeit *vor* dem Eintritt der Bedingung oder des Termins behoben wird." Das ist aber wohl nur als ein etwas nachlässiger und auf die bei weitem am meisten vorkommenden Fälle zugeschnittener Ausdruck des Gesetzes aufzufassen. Es soll damit nicht etwa das *vorherige* Möglichwerden in dem Sinne zur Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages gemacht werden, daß ein *gleichzeitiges* Eintreten der Bedingung und der Möglichkeit nicht dieselbe Wirkung hätte. Die Erwägungen, welche überhaupt zur Berücksichtigung dieser nach dem Vertragsschluß eintretenden Veränderung der Sachlage geführt haben, treffen in vollem Umfange auch in diesem letzteren Falle zu. Der Entwurf erster Lesung bestimmte deshalb in seinem dem gegenwärtigen § 308 entsprechenden § 346 dem Wortlaut nach korrekter:

> „Wird ein Vertrag über eine solche Leistung unter einer anderen Bedingung geschlossen, so ist der Vertrag gültig, seine Wirksamkeit aber davon abhängig, daß *bis* zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unmöglichkeit weggefallen ist."

Denn das „*bis*" schließt den Fall des Zusammentreffens beider Momente zwanglos in sich, da man es ganz gut in dem Sinne von „bis einschließlich" fassen kann. Die Motive zu dem

Entwurfe I. Lesung[10]) betonen deshalb auch den diesbezüglichen Anschluß an das gemeine Recht, welches die Notwendigkeit eines Eintritts der Möglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung nicht kennt[11]). Daran aber hat die neue Fassung der Vorschrift nichts ändern wollen; wenigstens läßt sich aus den Vorarbeiten kein Anhalt für eine solche beabsichtigte Aenderung des Standpunkts finden. Wir müssen also auch den gegenwärtigen Text des Gesetzes in dem oben dargelegten Sinne auslegen[12]).

Zur Gültigkeit des Vertrages genügt es, wenn nur in irgend einem Augenblicke zwischen dem Vertragsschlusse und dem Eintritte der aufschiebenden Bedingung bezw. des aufschiebenden Termins die Möglichkeit der Leistung vorhanden war. Es ist nicht notwendig, daß diese Möglichkeit noch zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins besteht[13]). Es entspricht dies dem prinzipiellen Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, welches überhaupt zur Gültigkeit des bedingten Vertrages[14]) ein Vorhandensein der Möglichkeit zur Zeit des Eintritts der Bedingung nicht erfordert, sondern prinzipiell davon ausgehend, daß die Frage der Möglichkeit und Unmöglichkeit von dem Augenblicke des Vertragsschlusses aus zu beurteilen sei, sich ein Möglichwerden bis zum Bedingungseintritt ausnahmsweise genügen läßt, um den Vertrag, der an sich nichtig wäre, aufrecht zu erhalten[15]). Es ist damit zu Gunsten der Gültigkeit der Verträge ein Zeitraum zwischen dem Vertragsschluß und dem Eintritt der Bedingung geschaffen mit der Wirkung, daß in jedem Augenblicke dieses Zeitraums das Erfordernis der Möglichkeit noch nachgeholt werden kann und jede auch nur in einem dieser Augenblicke vorhandenen Möglichkeit genügt.

Zu betonen ist auch hier, daß ein etwaiger Erfüllungstermin nur ein der Leistung selbst innewohnendes Moment darstellt. Ist also z. B. eine zur Zeit des Vertragsschlusses unmögliche Leistung kraft eines bedingten Vertrages einen Monat nach Eintritt der Bedingung zu erfüllen, so ist natürlich der Vertrag gültig, falls bis zum Eintritt der Bedingung das Erfüllungshindernis derart behoben wird, daß die Leistung zwar im Augenblicke des Bedingungs-

10) Bd. II, S. 180.
11) Vgl. Mommsen, a. a. O. S. 150, 151.
12) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 158.
13) Vgl. Motive, Bd. II, S. 180.
14) Das Gleiche gilt natürlich für den aufschiebend befristeten Vertrag.
15) Vgl. oben S. 32.

eintritts selbst noch nicht vorgenommen werden könnte, wohl aber in diesem Augenblick klar ist, daß eine Verwirklichung zur vertragsmäßigen Zeit also hier einen Monat später stattfinden kann. Das ist, um konkreter zu sprechen, m. E. der Fall, wenn jemand an einer res publica in publico usu unter einer Bedingung und mit der Bestimmung, daß die Leistung einen Monat nach Eintritt der Bedingung fällig sei, ein mit dem res publica-Charakter der in Rede stehenden Sache unvereinbares Recht erwirbt. Ergeht dann vor Eintritt der sich am 1. Januar 1901 verwirklichenden Bedingung ein Beschluß der zuständigen Behörde, durch welchen dieser Sache mit Wirkung vom 15. Januar 1901 ab die Eigenschaft als res publica genommen wird, so ist der Vertrag gültig[16]).

§ 6.

Ersatzleistungen.

Die Nichtigkeit des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Schuldverhältnisses ist ein Gebot der Logik[1]). Denn das Recht kann nichts zur Erfüllung vorschreiben, als Inhalt einer rechtlich wirksamen Leistungspflicht setzen, was in sich selbst eine Erfüllung, sei es nun durch den Schuldner oder auch durch einen andern ausschließt[2]). Dadurch ist aber noch nicht gefordert, daß das Recht aus dem durch Abschluß eines auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages gegebenen Thatbestande auch keine andere reelle Leistungspflicht an Stelle der unmöglichen entstehen läßt. Vielmehr ist eine derartige gesetzliche Substitution der Leistungen an sich wohl zulässig. Indessen hat das Bürgerliche Gesetzbuch dies im allgemeinen nicht gethan. Er hat vielmehr den ganzen Vertrag im § 306 schlechthin als nichtig erklärt, wenn er auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist. Damit ist auch die Entstehung einer Leistungspflicht mit einem andern als dem wörtlich zum Ausdruck gekommenen Inhalt, etwa auf das Erfüllungsinteresse des Gläubigers, verneint[3]).

---

16) Ueber das Möglichwerden überhaupt und insbesondere den Moment des Eintritts vgl. die weiter unten gegebenen Ausführungen hinsichtlich des Unmöglichwerdens analog § 13.

1) Vgl. Hartmann, a. a. O. S. 172, 175.

2) Vgl. Dernberg, Bürgerliches Recht, Bd. II, S. 128 f.

3) Vgl. Motive, Bd. II, S. 178.

Eine gewisse Abweichung von diesem Prinzipe stellt jedoch die Bestimmung des § 307 B.G.B. dar. Der genannte Paragraph lautet:

„Wer bei Schließung eines Vertrages, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist, oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist."

Im Absatz 1 ist mit klaren Worten ausgesprochen, daß der die Unmöglichkeit der Leistung kennende oder nur fahrlässigerweise nicht kennende[4]) Kontrahent dem andern für das sogenannte negative[5]) Vertragsinteresse, nach oben beschränkt durch das positive Interesse haftet. Diese Haftung hat dabei nicht bloß etwa derjenige zu tragen, welcher sich zu der unmöglichen Leistung verpflichten will, sondern auch sein Gegner, wie aus der allgemeinen Fassung des Paragraphen erhellt[6]). Eine Befreiung von dieser Haftung wird jedoch für jeden Kontrahenten dadurch herbeigeführt, daß auch der andere die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte. Im Streitfalle stellt sich danach die Sache so, daß die Kenntnis oder Fahrlässigkeit bei der Unkenntnis des Belangten derjenige, welcher den Schadensersatz fordert, zu behaupten und eventuell zu beweisen hat. Denn die Kenntnis bezw. diese Fahrlässigkeit bei der Unkenntnis ist eine den Anspruch begründende Thatsache. Dagegen kann sich der Belangte dadurch schützen, daß er behauptet und eventuell darthut, auch der Ersatzfordernde habe die Unmöglichkeit gekannt oder nur fahrlässigerweise nicht gekannt[7]). Daß bei der Würdigung dieser verschiedenen Darlegungen und Beweise der Unterschied zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit von großer

4) Vgl. § 122 Abs. 2 B.G.B.

5) Vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern, Bd. IV, S. 16.

6) Ueber die einzelnen möglichen Konstellationen, vgl. Schollmeyer a. a. O. S. 153, 154.

7) Vgl. Schollmeyer, a. a. S. 157.

Bedeutung ist, ergiebt die Definition dieser beiden Unmöglichkeitsarten, wie sie z. B. Dernburg[8]) — übrigens in Uebereinstimmung mit der herrschenden Ansicht[9]) — dahin giebt:

„Die Unmöglichkeit ist absolut, wenn sie in der Art der zugesagten Leistung begründet ist, z. B. Geister zu citieren; sie ist relativ, wenn die Leistung ihrer Art nach möglich, im gegebenen Falle unmöglich ist, z. B. man verspricht ein Pferd, welches bereits tot ist."

Es ist klar, daß eine Kenntnis bezw. eine Fahrlässigkeit bei Unkenntnis viel eher und leichter anzunehmen ist, falls nicht die speziellen Verhältnisse und Umstände des einzelnen Falles, sondern die allgemeine, von den jedesmaligen konkreten Umständen unabhängig beurteilbare Natur der Leistung die Unmöglichkeit begründet.

Was den Grad der hierbei von den einzelnen Kontrahenten zu vertretenden Fahrlässigkeit anlangt, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch zwischen den verschiedenen Theorien des gemeinen Rechts[10]) einen Mittelweg eingeschlagen[11]). Es hat sich nicht der insbesondere von Ihering[12]) vertretenen Anschauung angeschlossen, daß ein besonderes Verschulden überhaupt nicht notwendig sei, da ein solches bereits darin liege, daß man einen Vertrag über eine Leistung abschließt, ohne ihrer Möglichkeit sicher zu sein. Es folgt aber auch nicht der insbesondere von Mommsen[13]) verfochtenen Theorie, daß nur für dolus und lata culpa gehaftet werde, bestimmt vielmehr schlechtweg, daß man hafte, wenn man die Unmöglichkeit „kennt oder kennen muß". Streitig aber bleibt dabei, ob der Kontrahent stets nur diejenige Fahrlässigkeit bei der Unkenntnis zu vertreten habe, welche ihm bei der speziellen Natur des gerade in Betracht kommenden Vertrages zur Last fällt, oder ob davon abgesehen wird und nur die allgemeinen Grundsätze des § 276 B.G.B. zur Anwendung kommen. Von Bedeutung wird das natürlich bei den Verträgen, bei welchen die Haftung eines Kontrahenten für die Fahrlässigkeit von den allgemeinen Grundsätzen abweicht. Das trifft zu bei der Schenkung auf seiten des

8) Pandekten, Bd. II, § 16.

9) Vgl. z. B. Mommsen, a. a. O. S. 4 und 5.

10) Aus diesem stammt die ganze Bestimmung, wie die weiter unten zu citierenden Quellenaussprüche zeigen werden.

11) Vgl. Motive, Bd. II, S. 179.

12) Jahrbücher, Bd. IV, S. 39.

13) A. a. O. S. 109.

Schenkers[14]), bei der Leihe auf seiten des Verleihers[15]). In diesen beiden Fällen wird nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet. Ferner trifft es zu bei dem unentgeltlichen Verwahrungsvertrage auf seiten des Verwahrers[16]), sowie bei dem Gesellschaftsvertrage auf seiten aller Gesellschafter[17]), in welch' letzteren Fällen nur für den Mangel der Sorgfalt wie in eigenen Dingen, die römische diligentia quam in suis rebus, gehaftet wird. Endlich kommen auch noch die Verträge in Frage, bei denen durch Parteibestimmung die Haftung für Fahrlässigkeit abweichend von dem Gesetze, sei es nun verschärfend, sei es abschwächend, geregelt ist.

Einige Schriftsteller[18]) erachten stets den im konkreten Vertrage zu vertretenden Grad der Fahrlässigkeit als maßgebend. Die meisten[19]) jedoch sind der entgegengesetzten Ansicht. Letztere ist wohl auch die richtige. Denn diese Begünstigung einzelner Vertragsgattungen oder einzelner Parteien bei ihnen hinsichtlich ihrer Haftung findet die innere Begründung nur in den durch den Vertrag selbst geschaffenen eigenartigen Beziehungen der Kontrahenten zu einander bezw. dem Umstande, daß der eine von ihnen allein einen Vorteil aus dem Vertrage zieht. Diese Beziehungen bezw. dieser Vorteil treten aber doch nur dann ein, wenn der betreffende Vertrag auch in der Hauptsache[20]) wirksam ist. Ist der Vertrag nichtig, so treten sie nicht ein und es entfällt damit jeder Grund für eine verschiedenartige Behandlung hinsichtlich der Haftung für fahrlässiges Verhalten bei den Vertragsverhandlungen, wie insbesondere klar erhellt in den Fällen, wo der durch den Vertrag, falls er gültig ist, dem einen Kontrahenten gewährte Vorteil die Ursache zu einer verschiedenen beider Kontrahenten abgiebt. Bereits die Motive zu dem Entwurfe I. Lesung[21]) äußern sich deshalb zu dem im Entwurfe entsprechenden § 345 dahin:

---

14) § 521 B.G.B.
15) § 599 B.G.B.
16) § 690 B.G.B.
17) § 708 B.G.B.
18) Vgl. z. B. Ebert in Fischer's und Henle's Kommentar zum B.G.B., 3. Auflage, Anm. 2 zu § 307.
19) Vgl. Planck, a. a. O. Buch II, Anm. 1 zu § 307; Schollmeyer, a. a. O. S. 153.
20) Mit diesem Ausdruck soll nicht etwa vorweggenommen werden, daß die Haftung aus § 307 eine vertragliche ist. Ueber diese Frage siehe unten S. 82 ff.
21) Bd. II, S. 179.

„Der Entwurf bleibt, indem er als Voraussetzung für die Haftung Fahrlässigkeit verlangt, mit allgemeinen Grundsätzen, wonach Schadensersatzpflicht, abgesehen von besonderen Fällen, nur im Falle einer Verschuldung begründet ist, im Einklange. Er stellt aber einen absoluten Maßstab auf, indem er allgemein die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters nach Maßgabe des § 144 Abs. 1 [22]) verlangt."

Dabei entspricht die Fassung der in § 345 des Entwurfs enthaltenen Vorschrift, wenn man § 146 des Entwurfs und § 122 des Gesetzes in Erwägung zieht, durchaus der Fassung, wie sie § 308 des Gesetzes hat. An Stelle des im § 144 Abs. 1 des Entwurfes I. Lesung enthaltenen absoluten Maßstabes des ordentlichen Hausvaters aber tritt jetzt natürlich der absolute Maßstab für Haftung aus Fahrlässigkeit, wie ihn für das Gesetz der § 276 in den allgemeinen Vorschriften über die Schuldverhältnisse giebt. Denn eine dem § 144 des Entwurfs direkt entsprechende Vorschrift ist in das Gesetz nicht aufgenommen worden, vielmehr dessen Regelung durch den § 276 B.G.B. ersetzt worden [23]). Uebrigens stimmt auch die ganze Anordnung der Bestimmungen des Gesetzes in ihrer systematischen Aufeinanderfolge damit überein, daß das im § 307 hervorgehobene „Kennenmüssen" nicht von einer vertragsmäßig geforderten Aufmerksamkeit abhängt. Denn § 307 B.G.B. schließt unmittelbar und ohne ein Vertragsverhältnis zu erwähnen, an den § 306 an, welcher die Nichtigkeit des ganzen Vertrages betont und damit konsequenterweise dem Begriff einer vertragsmäßigen Aufmerksamkeit den Boden entzieht.

Weiterhin ist noch insbesondere im Hinblick auf § 852 B.G.B., welcher für den Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens die Verjährung hinsichtlich der Frist speziell regelt, die Natur dieses durch § 307 B.G.B. gegebenen Entschädigungsanspruches zu untersuchen. Das Gesetz hat eine positive Bestimmung in dieser Hinsicht absichtlich [24]) vermieden. Wir müssen deshalb auf die allgemeinen Grundsätze und insbesondere auch auf die historische Quelle der Vorschrift zurückgehen, um zu einer Entscheidung in dieser Frage zu gelangen.

Es handelt sich um einen Fall der sogenannten culpa in

---

22) Natürlich des Entwurfs I. Lesung.
23) Vgl. Protokolle der Kommission II. Lesung, S. 375.
24) Vgl. Motive, Bd. II, S. 179.

contrahendo. Das Bestehen des Entschädigungsanspruches aus einer solchen ist in der neueren gemeinrechtlichen Theorie fast allgemein anerkannt. Seine Natur ist indessen auch dort sehr bestritten. Einige Schriftsteller[25]) halten die Haftung für eine rein kontraktliche, die meisten andern[26]) jedoch für eine außerkontraktliche. Für das Bürgerliche Gesetzbuch ist indessen diese Frage von einem etwas veränderten Gesichtspunkte aus zu stellen, da ja, wie bereits hervorgehoben, hier die Sachlage wesentlich wegen des § 852 B.G.B. untersucht wird. Uns ist also als Ausgangspunkt die Haftung aus einer unerlaubten Handlung, einem Privatdelikte gegeben; demnach lautet für uns die zu behandelnde Frage so: Ist diese Haftung eine solche aus einer unerlaubten Handlung oder nicht? Das ist natürlich für die weder zu den rein kontraktlichen, noch zu den rein deliktischen Haftungen gehörenden Zwischengebieten von außerordentlicher Wichtigkeit. Denn je nachdem man die außerkontraktlichen oder nur die direkt deliktischen Ansprüche zu ermitteln sucht, fallen diese Grenzgebiete in die Gruppe der zu ermittelnden Ansprüche oder nicht.

Die Hauptstellen der römischen Juristen, auf denen die ganze Lehre von der culpa in contrahendo aufgebaut wird[27]), handeln gerade von dem hier speziell in Rede stehenden Falle des Vorliegens einer Unmöglichkeit der Leistung. Es sind dies

l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1; § 5 J. de empt. et vend. 3, 23; l. 8 § 1 de relig. 11, 7; l. 8 D. de hered. vend. 18, 4 und l. 9 eodem.

Es ist in ihnen die Frage nach dem Schadenersatz wegen erörtert, falls die vertragsmäßige Leistung wegen Extrakommercialität des Leistungsgegenstandes oder wegen Nichtexistenz desselben unmöglich ist. Während die beiden letzten, von den Kompilatoren in eine Satzverbindung vereinigten Aussprüche des Javolenus und des Paulus nur den Umfang dieses Anspruchs, nicht aber auch seinen rechtlichen Charakter berühren, bezeichnen die ersten beiden, von Modestinus und aus den Tribonianischen Institutionen herrührend, die aus dem Anspruch erwachsende Klage ausdrücklich als actio ex empto. In der dritten endlich

25) Vgl. Jhering in seinen Jahrbüchern, Bd. IV, S. 29.
26) Vgl. Windscheid, Pandekten, Bd. II, § 307 Anm. 5; Dernberg, Pandekten, Bd. II, § 10, Anm. 10.
27) Vgl. Jhering, a. a. O. S. 9 ff.

äußert sich Ulpianus dahin, daß „praetor in factum actionem dat . . . . quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat.

Mit dieser Benennung der Klagen aber ist auch die Natur des zu Grunde liegenden Anspruchs genau charakterisiert. Man kann nun beim Zusammenhalten dieser Stellen vielleicht streiten, ob sich die Behauptung rechtfertigen lasse, daß die Römer den behandelten Anspruch als einen kontraktlichen angesehen haben[28]; soviel aber ist ihnen gegenüber m. E. unbestreitbar, daß sie ihn nicht für einen deliktischen erachten. Dies wird selbst in der l. 8 § 1 D. 11, 7[29], welche nur von einer actio in factum spricht, anerkannt. Denn einmal wird dort die Klage doch noch als actio quasi ex empto bezeichnet, sodann aber — und das möchte ich im Hinblick auf die für uns maßgebende Fassung der ganzen Streitfrage besonders betonen — gesagt, daß sie „et in heredem competit". Damit ist die Deliktsnatur des Anspruchs ausdrücklich verneint; denn im römischen Rechte ist eine wahre Deliktsklage niemals passiv vererblich[30].

Nun hat ja allerdings der § 307 B.G.B. den Anspruch in seinen Voraussetzungen bezüglich des Schadenersatzes zum Teil verändert oder wenigstens schärfer gefaßt. Denn während unmittelbar aus den römischen Quellenaussprüchen nur erhellt, daß der Käufer keine Kenntnis der Sachlage haben dürfte, und dann ihm und zwar nur ihm, nicht auch im gleichen Falle seinem Gegenkontrahenten, ein Ersatzanspruch gegeben ist, gründet der § 307 B.G.B. den Anspruch umgekehrt auf das Kennen oder Kennenmüssen des Gegners und eröffnet unter der entsprechenden Voraussetzung auch dem Gegenkontrahenten diesen Anspruch. Dieser Unterschied kann aber m. E. nicht als derart wesentlich angesehen werden, um eine Aenderung in der Anschauung über den inneren Charakter des in Rede stehenden Anspruchs herbeizuführen.

Schließt man sich diesen Erwägungen an, so wird man für diesen Anspruch stets die gewöhnliche Verjährungsfrist des § 195 B.G.B., also 30 Jahre, als maßgebend zu erachten haben. Einige Schriftsteller, welche an sich auch auf dem Standpunkte stehen, daß

---

28) Vgl. die oben Anm. 25 und 26 Genannten.

29) Diese Stelle behandelt überhaupt den juristischen Charakter des in Rede stehenden Anspruchs am eingehendsten und muß darum m. E. besonders ausschlaggebend sein.

30) Vgl. z. B. Dernberg, Pandekten, Bd. II, § 129.

sie diese Haftung nicht für eine solche aus einer unerlaubten Handlung halten, erklären allerdings abweichend, daß der Anspruch

„in derselben Frist verjährt, in welcher die Klage aus dem abgeschlossenen, wenn auch nichtigen Vertrage verjährt[31])."

Damit erachten sie wohl eventuell auch die Anwendbarkeit der kürzeren Verjährungsfristen der §§ 196 ff. B.G.B. für statthaft. Dem dürfte aber wohl nicht beizutreten sein. Denn diese Paragraphen setzen ihrer ganzen Fassung nach stets einen gültigen Vertrag bezw. ein gültiges anderes Rechtsverhältnis und meistens sogar auch bereits erfolgte Erfüllung seitens des Fordernden voraus; jedenfalls aber lassen sie m. E. bei ihrer genauen Spezialisierung der einzelnen kürzer verjährbaren Ansprüche aus den daselbst aufgezählten Verhältnissen eine Ausdehnung auf andere Ansprüche aus eben diesen Verhältnissen oder gar, wie hier, auf Ansprüche aus solchen nichtigen Verträgen nicht zu.

Dagegen ist festzuhalten, daß eventuell ein Schadensersatzanspruch aus § 826 B.G.B. mit dem Anspruch aus § 307 B.G.B. konkurrieren kann, nämlich etwa dann, wenn der eine Kontrahent trotz Kenntnis der Unmöglichkeit den andern zum Vertragsschluß bestimmt mit dem Vorsatze, ihn zu schädigen[32]). Denn in derart vorsätzlichem Handeln ist wohl eine „gegen die guten Sitten verstoßende Weise" im Sinne des § 826 zu finden. Der Schadensersatz aus § 826 B.G.B. geht stets auf das volle Interesse, reicht also weiter als der Anspruch aus § 307, unterliegt aber dafür auch der kurzen dreijährigen Verjährung, wie sie § 852 für die Schadensersatzforderungen aus unerlaubten Handlungen vorschreibt. Soweit sich die Ansprüche aus den beiden Paragraphen hinsichtlich ihres Umfanges decken, ist das ohne Belang; soweit aber aus § 826 B.G.B ein höherer Schaden ersetzt verlangt wird, ist der Ersatzfordernde an die dreijährige Verjährungsfrist gebunden. Nach Ablauf dieser Frist kann also der Ersatzfordernde sich nur noch auf § 307 B.G.B. stützen[33]).

Der Absatz 2 des § 307 wendet sodann die Vorschriften des ersten Absatzes entsprechend auf die Verträge an, welche wegen teilweiser Unmöglichkeit teilweise nichtig sind, sowie auf die, bei welchen

---

31) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 155.

32) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 155.

33) So sind wohl auch die Worte bei Schollmeyer ebenda, daß „dieser Anspruch in 3 Jahren verjähren würde" zu verstehen, wenn sie auch bei oberflächlicher Betrachtung etwas anderes zu besagen scheinen.

vom mehreren alternativ geschuldeten Leistungen eine unmöglich ist. Die Anwendung dürfte rechtlich[34]) wohl kaum Schwierigkeiten bereiten. Daß bei der Würdigung des Vorhandenseins und der Kausalität eines Schadens beim Vorliegen eines alternativen Schuldverhältnisses der Umstand von großer Bedeutung ist, welchem von den beiden Kontrahenten das Wahlrecht hinsichtlich der alternativen Leistungen zusteht[35]), liegt auf der Hand. Denn wenn der in schuldloser Unkenntnis der Unmöglichkeit der einen Alternativleistung befindliche Kontrahent nicht das Wahlrecht besitzt, so kann er schon aus diesem Grunde nicht darauf bauen, daß er gerade die Leistung, welche sich dann als unmöglich herausstellt, erhalten oder erfüllen wird. Es wird also durch die Unmöglichkeit in der Regel nicht ein Schade verursacht werden, wenn es auch bei besonderen Umständen, vielleicht z. B. beim späteren Unmöglichwerden der andern Leistung, trotzdem der Fall sein kann.

Man hat aber über die Bestimmung des § 307 B.G.B. hinausgehen und den § 281 B.G.B. mit seiner Bestimmung, daß der Ersatz oder die Ersatzforderung, welche der Schuldner in Folge des die Unmöglichkeit herbeiführenden Umstandes erlangt, an die Stelle der ursprünglichen Leistung tritt, hier analog anwenden wollen[36]). Dieser Paragraph[37]) paßt aber für den hier behandelten Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit nicht. Denn es wird in ihr ausdrücklich hervorgehoben, daß der Schuldner den an Stelle der ursprünglichen Leistung tretenden Ersatz bezw. Ersatzanspruch erlangt haben muß. Es wird also, wenn man die Bestimmung zwanglos auslegt, vorausgesetzt, daß bereits ein Schuldverhältnis zur Zeit des Eintritts des für die Unmöglichkeit kausalen Umstandes besteht. Das ist aber doch bei der ursprünglichen Unmöglichkeit nicht der Fall. Denn bei ihr entsteht das Schuldverhältnis erst gar nicht. Damit stimmt auch die Wahl des Präsens in dem § 281 mit den Worten „unmöglich macht“ sehr gut überein, während die Umfassung der vor Abschluß des Vertrages liegenden Umstände wohl den Zusatz erfordert hätte „oder gemacht hat“. Sodann spricht auch die Stellung der Bestimmung im Zusammenhang mit den

34) Anders thatsächlich. Die hier erwachsenden Schwierigkeiten sind jedoch bei Schollmeyer, a. a. O. S. 155—157 so eingehend behandelt, daß ich glaube, von einer gleichen Behandlung absehen zu dürfen. Es genüge, auf die Schollmeyer'schen Ausführungen hinzuweisen.

25) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 156, 157 Anm. 5.

36) Vgl. Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 332, 2 c.

37) Den Wortlaut vgl. unten § 23.

nur von der nachfolgenden Unmöglichkeit handelnden §§ 275 ff. B.G.B. dafür, daß sie auf diese Fälle zu beschränken ist, wie auch bereits der im ersten Entwurf unserer Bestimmung entsprechende § 238 den Hinweis auf § 237 des Entwurfs, welcher dem § 275 des Gesetzes entspricht, ausdrücklich aufgenommen hatte[38]). Dieser Hinweis ist im Gesetzestexte allerdings verschwunden, aber nicht um die Verbindung der behandelten Norm mit den Vorschriften über die nachfolgende Unmöglichkeit zu lösen, sondern lediglich infolge einer Erweiterung der Norm, die, wie aus den Protokollen der zweiten Lesung erhellt[39]), auf durchaus anderer Seite, nämlich auf der Unterscheidung zwischen zu vertretender und nicht zu vertretender nachfolgender Unmöglichkeit beruht[40]). Auch die römischen und die gemeinrechtlichen Juristen[41]) kannten einen entsprechenden Anspruch nur bei nachfolgender Unmöglichkeit.

Daher wird auch von den weitaus meisten Schriftstellern des Bürgerlichen Rechts, welche sich zu dieser Frage geäußert haben, der § 281 B.G.B. auf die Fälle der ursprünglichen Unmöglichkeit nicht angewendet[42]).

§ 7.
Ausnahme?

Von der vorstehend dargestellten Regelung des Einflusses der ursprünglichen Unmöglichkeit auf einseitige Schuldverhältnisse stellt man einen Ausnahmefall auf. Der Schuldner kann nämlich ein Garantieversprechen für die unmögliche Leistung abgeben[1]).

Diese Ausnahme — wir wollen einstweilen dahingestellt sein lassen, ob sie in Wahrheit eine solche ist — kann natürlich nicht

38) Vgl. auch Motive, Bd. II, S. 46.

39) S. 633, 636.

40) Vgl. unten § 14.

41) Vgl. die unten § 17 angegebenen Quellenaussprüche und Schriftsteller.

42) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 112; Planck, a. a. O. Anm. Nr. 5 zu § 281. Auf der entgegengesetzten Ansicht steht meines Wissens allein Cosack, a. a. O.

1) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 152 f. Schollmeyer nennt bei § 306 B.G.B. noch allgemein als Ausnahmefälle die Gewährleistungspflichten des Veräußerers. Bei unserer Einteilung des Stoffes, nach der wir es hier zunächst nur mit einseitigen Schuldverhältnissen zu thun haben, würde diesbezüglich hier nur die Gewährleistungspflicht bei Schenkungen in Betracht kommen. Nach deren Inhalt aber (§ 523 B.G.B.) kommt bei ihr m. E. eine Unmöglichkeit nicht in Frage.

etwa darin bestehen, daß das Recht die Pflicht zur unmöglichen Leistung selbst aufrecht erhielte. Eine solche Normierung wäre, wie bereits oben[2]) betont, gegen die Gesetze der Logik verstoßend und darum sinnlos. Es handelt sich auch hier nur eventuell darum, daß das objektive Recht an Stelle der unmöglichen ursprünglichen Leistung des Schuldverhältnisses eine andere mögliche äquivalente Pflicht setzt und damit von der Regel des § 306 B.G.B. abweicht, welcher ja Nichtigkeit des ganzen Vertrages bestimmt. Man wird aber diesen Fall des Garantieversprechens überhaupt nicht als Ausnahme von der Regel des § 306 B.G.B. anzusehen haben.

Das Garantieversprechen geht nämlich nicht auf die von ihm garantierte unmögliche Leistung; sein unmittelbarer und ursprünglicher, von den Parteien ausdrücklich zum Ausdruck gebrachter Gegenstand ist das Erfüllungsinteresse. Es ist nicht erst das Gesetz, welches an die Stelle eines ursprünglich anders lautenden Inhalts dieses Interesse setzt. Die Verbindung zwischen der Garantieleistung und der garantierten unmöglichen Leistung besteht dabei nur darin, daß die Unmöglichkeit der letzteren die Voraussetzung der durch sie bedingten Garantie, d. h. Interesseleistungspflicht, bildet[3]). Nur insoweit möchte vielleicht die Hinzufügung eines Garantieversprechens zu dem Versprechen einer ursprünglich unmöglichen Leistung Einfluß auf diese letztere Leistungspflicht haben und damit in etwas eine Ausnahme von § 306 schaffen, als eine vernünftige Willensinterpretation m. E. bei späterem Möglichwerden der garantierten Leistung hier in Abweichung von der gewöhnlichen Behandlung meist zu dem Ergebnis gelangen dürfte, daß die Parteien für diesen Fall die Wirksamkeit der garantierten Leistungspflicht selbst gewollt haben. Diesem Wollen aber dürfte auf Grund des § 308 Abs. 1 B.G.B. Folge zu geben sein, während in den gewöhnlichen Fällen des § 306 ein nachträgliches Möglichwerden ohne Einfluß ist.

§ 10.

B. Ursprüngliches Unvermögen.

Wir kommen nunmehr zu dem Einfluß des ursprünglichen Unvermögens des Schuldners zur Leistung auf einseitige Vertragsschuldverhältnisse.

2) S. 35.

3) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 152; im allgemeinen siehe Stammler, Der Garantievertrag im Archiv für civilistische Praxis, Bd. LXIX, S. 123ff.

In dieser Hinsicht besitzt das Bürgerliche Gesetzbuch keine ausdrückliche Bestimmung. Einige[1]) wollen nun die Bestimmung des § 306 B.G.B. auch auf die Fälle des Vorhandenseins eines ursprünglichen schuldnerischen Unvermögens anwenden. Dem wird aber mit der weitaus überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller[2]) nicht beizustimmen sein[3]).

Das Unvermögen des Schuldners ist, wie wir oben[4]) gesehen haben, etwas von der Unmöglichkeit begrifflich durchaus Verschiedenes und hindert an sich die vertragsmäßige Erfüllung gar nicht, da jeder Dritte erfüllen kann, ohne daß die Identität der Leistung berührt wird. Der innere Grund der Nichtigkeit des auf die unmögliche Leistung gerichteten Vertrages trifft also hier bei der nicht von schuldnerischen Unvermögen betroffenen Leistung nicht zu. Ohne eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung kommen wir also nicht dazu, den § 306 auf unseren Fall analog anzuwenden. Allerdings sind in einzelnen Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Unmöglichkeit Bestimmungen getroffen worden, die dann, wie wir unten[5]) sehen werden, auch bei Fällen des schuldnerischen Unvermögens angewandt werden müssen[6]). Indessen liegen dann auch stets bestimmte und sehr gewichtige Gründe war, welche uns veranlassen, diese Ausdehnung der für die Unmöglichkeit gegebenen Bestimmungen anzunehmen. Ohne solche Gründe aber kann man bei der Bestimmtheit, mit welcher das Bürgerliche Gesetzbuch die beiden Begriffe im § 275 auseinanderhält, nicht vermuten, daß dort, wo das Gesetz nur die Unmöglichkeit erwähnt, auch das Unvermögen in Betracht komme. Ein besonderer Grund aber liegt im Falle des § 306 nicht vor[6]). Die Motive führen deshalb auch zu dem entsprechenden § 344 des I. Entwurfs aus[7]):

„Verstanden ist die anfängliche objektive Unmöglichkeit, nicht auch das subjektive Unvermögen"

---

1) Namentlich Stammler, Studien, S. 107. Ebert (in Fischer und Henle's Bürgerlichem Gesetzbuch Anm. 1 zu § 306) hat in der 4. Auflage diese Ansicht aufgegeben.

2) Vgl. Cosack, Lehrbuch, Bd. II, § 61 und die weiter unten citierten.

3) Vgl. auch den Bericht des Redaktors des ersten Entwurfs zum Obligationenrecht, Abschn. I, Tit. 2 I ibid. §§ 1—3, S. 2.

4) S. 4 ffg.

5) § 18.

6) Vgl. Schollmeyer, a. a. O. S. 151.

7) Bd. II, S. 177.

und weiter bei Gelegenheit einer andern hier nicht interessierenden Frage:

„Aus dem Grundsatze, daß das bloße subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt läßt.." [8]).

und endlich bei den Bemerkungen zu § 275 (238 des Entwurfs):

„Im Falle der Begründung des Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist in dem Versprechen (d. h. nach dem vorhergehenden: in dem Versprechen einer vom schuldnerischen Unvermögen betroffenen Leistung) die Uebernahme einer Garantie für die Leistungsfähigkeit zu finden [9])."

In diesen Worten ist also der Standpunkt der Kommission hinsichtlich unserer Frage wiederholt in Uebereinstimmung mit den obigen Ausführungen ausgesprochen. Das Schuldverhältnis aus dem einseitigen Vertrage wird also richtiger Ansicht nach von dem ursprünglichen Unvermögen nicht berührt [10]).

Andere Schriftsteller leugnen dagegen das Entstehen einer Leistungspflicht trotz des schuldnerischen Unvermögens an sich nicht, wollen aber als Gegenstand dieser Leistungspflicht nicht die vom Unvermögen betroffene Leistung gelten lassen, sondern nur das positive Interesse des Gläubigers an dieser Leistung. So führt Dernburg aus [11]):

„Aus dem Mangel einer besonderen Vorschrift folgert nun Planck, Bd. II, S. 47, daß der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig sei, so daß . . . . der Richter auf dieselbe zu verurteilen habe, daß die Zwangsvollstreckung zu versuchen sei. Erst deren Ergebnis eröffne nach § 283 den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung!

Dies wären aber so zweckwidrige Prozeduren, daß sie nicht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs liegen können. Vielmehr besteht der Unterschied vom Falle der objektiven Unmöglichkeit nur darin, daß der Gläubiger, wenn das Geschäft wegen Unver-

---

8) Ebenda.

9) Bd. II, S. 45.

10) Zu demselben Resultate kommt auch aus allgemeinen Gründen für das französische Recht z. B. Demolombe, a. a. O. Bd. XXIV, Nr. 549. Ob diese Regelung allerdings stets den praktischen Bedürfnissen entspricht oder ob sich nicht für einzelne Fälle des ursprünglichen Unvermögens, insbesondere unverschuldeter Unkenntnis des Schuldners von derselben, eine ausdrückliche und abweichende Regelung im Gesetz empfohlen hätte, darüber vgl. Cosack, Lehrbuch, Bd. II, § 98, S. 334, insbesondere das dort angeführte Beispiel.

11) Das bürgerliche Recht, Bd. II, S. 131.

mögens des Schuldners unausführbar ist, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlangt, also nicht bloß auf das negative Interesse verwiesen ist."

Selbst Dernburg sieht sich indessen, um diese von ihm vertretene Ansicht aufrecht zu erhalten, gezwungen, die mangelnde Zahlungsfähigkeit von der Berücksichtigung als subjektives Unvermögen auszuschließen. Diese Ausschließung aber ist, wie wir oben[12]) gesehen haben, ungerechtfertigt und widerspricht auch den Materialien. Halten wir aber an der richtigen Auffassung der Zahlungsunfähigkeit als einer Art des Unvermögens fest, so tritt die praktische Unhaltbarkeit der gedachten Ansicht m. E. klar zu Tage. Denn dieses Unvermögen ergreift ja auch die Interesseleistung selbst; wir müßten also bei vorliegender Zahlungsunfähigkeit konsequenterweise auch ein Entstehen auch der Pflicht zur Interesseleistung leugnen. Daß das aber nicht zu verteidigen ist, liegt auf der Hand.

Wir werden also als die allein richtige Auffassung die von den meisten Schriftstellern geteilte[13]) anerkennen müssen, daß nämlich der Schuldner direkt zu der von seinem Unvermögen betroffenen, an sich nicht unmöglichen Leistung verpflichtet wird und demgemäß auch dazu verurteilt werden kann. Erst dann kann der Weg des § 283 B.G.B. beschritten werden, damit der Gläubiger die Interesseleistung erlangt. Diese letztere unmittelbar und mit Ausschließung der vom schuldnerischen Unvermögen betroffenen Leistung als Gegenstand der schuldnerischen Verpflichtung anzuerkennen, das verbietet m. E. das Interesse des Schuldners selbst. Denn dieser ist, wenn er auch aus persönlichen Gründen nicht leisten kann, doch nach § 267 B.G.B. berechtigt, die Leistung durch einen Dritten erfüllen zu lassen, und würde um dieses Recht kommen, falls man die vom Unvermögen betroffene, von dem Parteiwillen ausdrücklich als der unmittelbare Verpflichtungsgegenstand bezeichnete Leistung nicht als solchen gelten lassen wollte. Daß aber kein logischer Widerspruch in der Obligation selbst vorhanden ist, wenn jemand zu einer Leistung verpflichtet wird, welche er nicht persönlich vor-

---

12) S. 17 ffg.

13) Vgl. die bei Dernburg selbst citierten, Planck und Cosack; daß Endemann, wie Dernburg ebenda annimmt, deren Auffassung nicht teile, scheint mir aus dessen Aeußerungen § 127 Ziffer 3c nicht hervorzugehen. Dernburg stellt übrigens selbst den Sinn der Worte Endemann's nicht als sicher hin. Das Gleiche gilt wohl von der Aeußerung Schollmeyer's, a. a. O. S. 151.

nehmen kann, das glaube ich oben[14]) genügend dargelegt zu haben. Demgegenüber kann der Dernburg'sche Vorwurf gegen diese Ansicht, daß die von ihr verlangten Prozeduren „zweckwidrig" seien, wohl nicht anerkannt werden.

Endlich hat man den positiven Interesseanspruch, welchen der Gläubiger eventuell hat, dahin einschränken wollen, daß man ihn ausschließt, wenn er das Unvermögen des sich Verpflichtenden beim Geschäftsschluß kannte. Zur Rechtfertigung dieser Einschränkung beruft man sich auf Treu und Glauben des Verkehrs[15]). Dem dürfte auch nicht, wenigstens nicht im vollen Umfange, beizutreten sein. In dem bloßen Vertragsschluß trotz Kenntnis des schuldnerischen Unvermögens kann allerdings eine Verletzung von Treu und Glauben des Verkehrs liegen, aber wir können doch nicht stets und unter allen Umständen eine solche darin finden, wenn wir in Erwägung ziehen, daß ja eine Erfüllung durch Dritte statthaft ist. Es wird vielmehr stets auf die konkreten Verhältnisse, insbesondere darauf, ob etwa bewußtes Verschweigen in Benachteiligungsabsicht auf seiten des allein über das Unvermögen unterrichteten Gläubigers vorliegt, ankommen, wenn man dem Schuldner gegen dessen Anspruch eine Einrede gewähren will.

Thesen.

1) Die sog. exceptio non adimpleti contractus ist im gemeinen Rechte eine wahre Einrede.

2) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch kann ein dingliches Wiederkaufsrecht an Grundstücken nicht begründet werden.

3) § 345 C.P.O. findet nur Anwendung, wenn die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in der ersten Verhandlung nicht erscheint oder nicht verhandelt, **nicht** aber dann, wenn diese Säumnis erst eintritt, nachdem bereits eine neue kontradiktorische Verhandlung stattgefunden hat.

4) Der § 11 St.G.B. hindert nicht, eine Beleidigung aus § 199 St.G.B. für straffrei zu erklären, welche durch eine in Ausübung des parlamentarischen Berufs geschehene Aeußerung hervorgerufen ist.

Ant. Kämpfe, Buchdruckerei, Jena.

Druck von Ant. Kämpfe, Jena.